

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Doctrina del contrato del Estado**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**José Ignacio Monedero Gil**

**Madrid, 2015**

TE  
1730

LA DOCTRINA DEL CONTRATO DEL ESTADO



José Ignacio Monedero Gil

. I N T R O D U C C I O N

1. El 26 de marzo de 1962, fué nombrado el autor Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a la cual se le había encomendado, por aquellas fecha, un estudio de la normativa vigente sobre contratos administrativos, -constituida entonces por el Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, el Pliego General de Condiciones de 13 de marzo de 1903 y una multitud variopinta de disposiciones administrativas de todo rango que ahogaban y confundían el quehacer administrativo- con el propósito de dotar al Ordenamiento español de un nuevo modelo acorde con los objetivos de la Administración pública moderna, que vá ampliando su cometido en el campo de la inversión pública y el desarrollo económico pero a la par, debe sujetarse a un régimen jurídico más exigente con la doctrina del Estado de Derecho; es decir, que la conquista de la eficacia en el quehacer público no debe significar vulneración del principio de legalidad sino cimentar más aún su primacía indiscutible.

La cristalización de aquellos propósitos en los textos legales que hoy lucen en nuestro Ordenamiento no ha sido fruto repentino de la irrupción de un cuerpo normativo único o innovador. Por el contrario, el mérito de la reforma es el haber constituido un esfuerzo continuado en el tiempo donde las piezas normativas se han ido incorporando al Ordenamiento poco a poco con un espíritu crítico de perfeccionamiento permanente: nació en primer lugar la Ley 198/1963 de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, que sentó el cuadro de directrices generales; este texto fué seguido poco despues por su Texto articulado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y éste a su vez por el Reglamento General de Contratación del Estado que lo desarrolla y complementa, aprobado por Decreto 3.352/1967, de 28 de diciembre. Años despues se inició lo que podríamos denominar



la segunda ronda revisora de la reforma, que pobe en marcha - la Ley 5/1973, de 17 de marzo, sobre modificación parcial de la Ley de Contratos del Estado, que es complementada ulterior mente por una nueva versión del Reglamento General de Contra- tación que ha sido aprobado por el Gobierno el pasado año, me diante Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre.

Esta compleja dinámica legislativa, adornada con incon- tables disposiciones menores que originaban la aplicación de los textos generales, así como la realidad de un millar de in formes, notas y recomendaciones elaboradas en el cargo citado sobre cuestiones de Derecho y de buena administración contrac- tual, constituyen lo que podríamos calificar el paisaje de -- fondo de nuestra "Doctrina del contrato del Estado", cuyas - ideas esenciales, resúmen y testimonian criterios aprendidos en la función pública desempeñada.

Es digno de resaltar la implícita filosofía que ha pre- sidido toda la biología de la reforma madurada en la Junta - con participación de nuestros mejores expertos de la Adminis- tración civil y militar y la orientación y crítica de la doc- trina científica española y extranjera: la consideración de esta parte del derecho administrativo como un instrumento dó- cil al servicio de la buena administración. "Porque -decía - la Junta en su Memoria 1960-1971- a los órganos de la Admi- nistración no debe basta, les cumplir la norma; es preciso ad ministrar bien, es necesario acertar". Razón por la cual la norma aquí no debe ser estática sino regla de conducta para los administradores públicos y los administrados contratan- tes adaptada continuamente a los consejos de la realidad. - "De nada vale un acto o contrato administrativo jurídicamen- te perfecto si su objeto es inútil o desacertado".

Esta es la verdadera explicación del proceso de perma- nente reforma que hemos descrito uy que es de esperar se man tenga en el futuro. En otras palabras, que la eficacia de la actuación administrativa no deberá ser en nuestro caso horizonte deseable o mérito de la inicitiva de las autoridades y funcio

narios, algo que debe ser atribuido apelando a la inteligencia de los sujetos que desempeñan transitoriamente los órganos de contratación, sino que ha sido un compromiso que ha echado sobre sus hombros el sistema, coordinando sus piezas de forma que guien inteligentemente la operación contractual a un óptimo jurídico y aconómico. No nos hallamos, en fin, ante un procedimiento administrativo neutral y pasivo, solo preocupado del régimen y los trámites del negocio para una mejor garantía de los fondos públicos involucrados, sino que además de todo ello se preocupa de buscar el éxito intrínseco de la prestación subyacente.

Resumimos a continuación los aspectos más interesantes de nuestro trabajo, simplificando conceptos y ahorrando citas que lucen abundantes en el cuerpo del documento.

2. La institución acota, en principio a todos los acuerdos convenios, negocios, conciertos, contratos.... de tipo voluntario que con unos resultados jurídicos celebra la Administración -en nombre del Estado y de aquí la denominación de -- nuestra figura--para conquistar finalidades de interés general: esto es "lo contractual del Estado", concepto opuesto, también en principio, a la orden y la coacción como forma del actuar administrativo y siendo, por el contrario, una alternativa de la que pueden disponer los órganos para alcanzar múltiples objetivos competenciales respetando la libertad de los individuos. Una idea amplia de contrato del Estado, paralela a la de negocio jurídico en derecho civil, debe ser manejada, como se vé, para el conocimiento de esta polifacética institución que gira, no obstante, alrededor de un nervio central unitario que trataremos de descubrir.

Un vistazo a los sistemas internacionales en este campo nos resulta provechoso en cuanto nos permita saber a que

pesar de que la influencia francesa es la que ha dado su tono histórico al sistema español, superponiendo la figura original del contrato administrativo al esquema de contrato civil, es lo cierto que nuestra institución, impulsada por el derecho positivo, ha continuado su avance por nuevos derroteros al buscar un enfoque unitario y sustantivo del contrato en el derecho administrativo y desplazar su dinámica, se ha explicado, de la voluntad de los órganos y la inteligencia de los procedimientos. Frente al liberal sistema inglés -derecho común y ausencia de procedimientos administrativos obligados en lo contractual del Estado- el sistema español se sitúa en la antípoda, inserta la idea de contrato en el derecho administrativo y consagra el protagonismo forzoso de los expedientes en la generación y celebración de éstos.

Son tres soluciones jurídicas básicas las adoptadas por los ordenamientos jurídicos y el pensamiento científico en el tema de los contratos del Estado: la solución unitaria civilista, conforme a la cual los contratos del Estado son contratos de derecho civil pues, se afirma, o son esto o no son contratos; la solución plural, que al lado de esta tesis general admite la sustantividad del grupo de los contratos administrativos con rasgos peculiares generados por la dialéctica administrativa; y, por fin, la doctrina de los contratos públicos, variable del acto-acondicionado, que significa trasplantar de raíz el contrato al derecho administrativo y reconstruir todos sus requisitos, formas y efectos.

Las tres perspectivas están presentes en nuestro sistema. La institución en el Derecho español es la suma acumulativa de todas estas aportaciones pues, según los tipos de contratos o convenios, se han barajado por el derecho positivo una u otra de las concepciones expuestas. A pesar de todo es posible definir un esquema de principios alrededor de cuales girarán como en una constelación esta rica gama de situaciones jurídicas contractuales.

Nosotros entendemos que la estructura del contrato administrativo, tal como la dibuja nuestra doctrina positiva, que trata de conciliar la sustancia contractual civil con las necesidades y poderes de la Administración, hace el papel de arquetipo o modelo común, en relación con el cual las situaciones jurídicas contractuales de derecho privado y las situaciones jurídicas contractuales de derecho público que se manifiestan en nuestro ordenamiento deben reputarse residuales. No se olvide que la Ley de Contratos no llegó a regular, ni podía ni debía hacerlo, todas las situaciones jurídicas contractuales - del Estado que pululaban en nuestro ordenamiento y, por ende, nuestra institución en el derecho positivo no tiene la coherencia que nuestra exposición pretende. Es decir, que lo que denominamos figuras residuales son de "lege data" configuraciones de lo más heterogéneo sin aparente unidad.

La unidad de la institución de los contratos del Estado fué, no obstante, un propósito básico de la Ley de Contratos - del Estado si bien tuvo que conformarse, por lo que se refiere a los contratos privados del Estado y a la mayoría de los contratos públicos en constituir un fondo normativo de carácter supletorio parcial en el primer caso, y de supletorio a nivel de principios en el segundo. La presencia de aquella - Ley con pretensiones totalizadoras, formales y sustantivas, - representó el apartamiento institucional del derecho civil, aún cuando deba continuar funcionando éste con alcance limitado; y constituyó una revolución en todas las ideas básicas - que se aprenden en la versión de contrato que nos manifiesta el Código civil y cuyas verdaderas raíces están en el ser natural de los hombres, en el predominio de las motivaciones racionales sobre la tendencia animal a la violencia, en la necesidad de convivir respetándonos los unos a los otros: en el derecho natural, en suma.

3. La institución tiene tres elementos o componentes -

básicos: el contrato; el Estado y el fin público, que es el que aglutina a los otros dos. El derecho civil, el derecho administrativo y el derecho financiero se entrecruzan en el régimen jurídico que sirve para coordinar aquellos elementos buscando una estructura coherente.

Por lo que se refiere al contrato dos son las nociones que se deben tener en cuenta: la primera, algo que se ha anticipado, que la idea de que debe partirse es la de contrato en sentido amplio y abstracto y tal como aparece configurado en las sociedades modernas, es decir, preocupado por el justo equilibrio de los intereses de las partes, con una función social que justifica la irrupción del derecho necesario, favorable a las formas documentales para la expresión y prueba de la voluntad, y masificando gracias a figuras como las del contrato de adhesión a condiciones generales, que facilitan la instrumentación casi automática de múltiples acuerdos. El contrato del Estado es pues, un ejemplo vivo del contrato moderno ya que en él coinciden todas y cada una de las notas que lo caracterizan. La segunda, llamar la atención sobre que las situaciones jurídicas contractuales<sup>de tipo</sup>, aunque un examen superficial no lo indique, se pueden originar no solo como secuela de acuerdos bilaterales libremente expresados, sino también, en determinadas circunstancias, de la voluntad unilateral, de la Ley o de la voluntad de un tercero. Se ha querido llamar la atención sobre esta faceta porque tiene mucho de interés al tiempo de fijar la naturaleza jurídica del contrato del Estado.

¿Tiene personalidad jurídica el Estado? ¿Y la Administración pública? Para ser parte en un contrato es necesario ser sujeto de derecho y este es el motivo de que esta problemática deba ser atacada. A lo largo del estudio se acepta con muchas reticencias la personalidad jurídica del Estado y se niega la de la Administración pues es solo un reflejo de la que podría atribuirse al ente público total, bien entendido

que la personalidad jurídica del Estado es también reflejo de la que verdaderamente corresponde a la comunidad de personas e intereses que es el pueblo, la nación, el conjunto de ciudadanos unidos por un fin.

Desde esta perspectiva ¿qué es la Administración pública? se considera peligrosa una concepción excesivamente abstracta, unitaria y autónoma de la Administración pública ya que puede dar lugar a un divorcio entre el auténtico interés público y el interés público administrado. Para romper la idea de la Administración como bloque se propone la de la Administración como conjunto de administradores públicos, sujetos a un régimen y a unos procedimientos que definen el contenido de sus potestades. Estas potestades tienen un origen legal, es decir, el derecho administrativo que actúa como estatuto básico y derecho ordinario de aquellos administradores en sus relaciones con los administrados.

Secuela de estas afirmaciones es esa otra que formulamos sobre la potestad contractual. Criticamos la concepción de las potestades administrativas como un concepto indefectiblemente unido al mando, el imperio y la coacción. Por el contrario estimamos que esta categoría es fundamentalmente jurídica, o sea, las funciones atribuidas a los órganos para crear situaciones jurídicas cerca de los administrados (unas de las cuales es el contrato. En otras palabras, que la potestad contractual es de naturaleza representativa, de origen legal, y una faceta de las competencias atribuidas a determinados administradores u órganos que integran la Administración.

Otro tema preocupante es el de la confluencia entre lo político y lo administrativo en la actividad contractual. Urge en nuestro derecho administrativo, con carácter general, - definir estos dos campos sobre todo cuando avanzamos hacia una sociedad democrática con pluralidad de soluciones políticas - y equipos de gobierno. El tema se agudiza en el campo de con-

tractual puesto que las decisiones fundamentales, la celebración misma de los contratos, está ordinariamente atribuida a los niveles políticos. La razón está en los compromisos financieros que conlleva normalmente la operación contractual y las reglas clásicas del derecho financiero y presupuestario atribuyen esta función al Gobierno y los Jefes de los Departamentos, con distintas áreas competenciales. ¿Como armonizar la discrecionalidad que lleva implícito lo político, con el rigor, la objetividad, el pragmatismo....que debe guiar a la contratación del Estado? Un interesante dilema que nos lleva, una vez más, a justificar la necesidad del procedimiento, del sistema vivo, haciendo su papel de protagonista para frenar las veleidades políticas; y también a exaltar a los administradores profesionales u órganos de gestión como impulsores naturales de la actividad contractual, respaldados por un status que garantice su independencia frente a las presiones del poder político y la de los intereses de los administrados contratantes.

Finalmente se hace un dibujo general del administrado - contratante y la problemática que ello encierra: la necesidad de respetar la igualdad de todos los ciudadanos ante los contratos del Estado, los perfiles característicos de estas colaboraciones interesadas en las tareas públicas cuya regulación debe acometerse por el derecho positivo de tal manera que propicie un ambiente de confianza, una identificación entre el interés público y el privado y no un peligroso conflicto.

Desde el punto de vista jurídico se pone de relieve que la capacidad de obrar del administrado contratante no es la capacidad de obrar en el derecho civil sino algo más. Los requisitos de solvencia, moralidad, honestidad, preparación etc. actúan en el derecho administrativo como exigencias objetivadas que debe ostentar la persona que se aproxima a la Administración con propósitos contractuales; es una "conditio -- juris" de trascendencia radical ya que su ausencia determina, por ejemplo, en los contratos administrativos, la nulidad de pleno derecho.

4. El tercer componente de nuestra institución, se dijo más arriba, es el fin público, o lo que es lo mismo, el interés público, pero esta palabra es demasiado abstracta y hay que despojarla de su generalidad si se quiere comprender bien nuestro tema. Es necesario saber qué es exactamente el interés público contractual. La presencia del derecho financiero se hace en este apartado más intensa y, se verá a continuación, que muchas facetas carecerían de explicación si - además de ponderar las necesidades de los servicios públicos no se pondera la instrumentación de la defensa del interés - económico del Estado. ?

La satisfacción de las necesidades de los servicios públicos es la primera vertiente del interés público o contractual que es aconsejable ponderar. El punto de partida para el análisis de este enunciado nos sitúa en la conversión de las necesidades individuales en necesidades públicas, tema a la - par financiero y administrativo, que se trata ciertamente en forma somera y simplificada a pesar de su importancia en ambas ramas del derecho. En realidad esta proposición solo nos - interesaba para demostrar que esa expresión también genérica de las necesidades públicas se traduce, sistemáticamente, en un conjunto variadísimo de necesidades reales de los servicios públicos en bienes y servicios que están en el mercado privado; la unidad de acción que es el servicio público aglutinará todos estos elementos para realizar su empresa competencial. La idea de servicio público es aludida y enunciada en sentido amplio.

¿Como captar del mercado esos bienes y servicios para incorporarlos a la causa pública? Se estudian las diversas soluciones que caben: El Estado-empresa, que significa la - autosatisfacción de la propia Administración a través de - sus estructuras empresariales, solución no válida para todos los casos y además contraria a los principios de la economía del mercado; el Estado-poder, que actúa a base de la - coacción, previa o no indemnización, cerca de los bienes y servicios de los particulares; y finalmente el Estado-cliente



que representa acudir la Administración al mercado como un consumidor más y ofrecer por los bienes y servicios un precio justo. Sin duda, esta manera de proceder es la más consecuente con los principios rectores de la economía de mercado occidental y la más respetuosa con las libertades y derechos individuales, razón por la cual debe considerarse fórmula principal y las demás subsidiarias.

La técnica del contrato con los administrados para la consecución de los objetivos del servicio público nos permite alumbrar, en fin, el concepto de Estado-genencial, es decir, el de máquina gestora de servicios públicos múltiples con apoyo en órganos especializados en las respectivas tareas capaces de diálogo fructífero con los administrados. Teniendo en cuenta que el contrato es un instrumento para el servicio público y no lo inverso, la influencia de éste sobre aquél deberá, en todo caso, de advertirse esencial: la continuidad, la regularidad, la dinámica de los servicios públicos impregnará a los contratos, cuyo objeto sean prestaciones específicas para aplicar a -- aquellos, de un colorido jurídico nuevo que posibilite la adaptación del convenio a las características del servicio público dominante. Las consecuencias se verán más adelante: la potestad ~~administrativa~~<sup>iva</sup> prorroga sus efectos, en los negocios en que sea necesario, más allá del momento de perfección del contrato.

7 | El segundo componente del interés público, contractual es la defensa de la buena economía del Tesoro público en la operación. Aparece aquí la problemática financiera del contrato del Estado en todo su esplendor. El contrato es siempre cauce para los gastos públicos (contratos de pasivo: obras, servicios, suministros, adquisiciones, subvenciones condicionadas...) y en muchos casos para los ingresos (contratos de activo: deuda pública, lote

ria, apuestas mutuas, convenios fiscales...). El Derecho financiero contemplará el contrato como una de las vertientes de la ordenación del gasto público y el tema lucirá en nuestras viejas leyes de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública hasta que la Ley de Contratos del Estado independiza la materia. Los hacendistas, sin embargo, no llegan a considerar verdaderamente el tema como -- propio, pensando que la ordenación del gasto público no tiene porque absorber la técnica contractual y acaba entrando de lleno así en el Derecho administrativo.

Se llama la atención sobre el conflicto que surge entre la Administración financiera y las exigencias propias de la contratación; el Derecho presupuestario clásico y el Derecho de contratación moderno no son conceptos bien avenidos. El principio de anualidad perturba los contratos de largo plazo; el de unidad, a la función del contrato como envoltura de unidades inversoras sólo comprensibles en programaciones racionales macroeconómicas; el de especialidad, no es comodo para una ~~con~~gestión contractual agil y flexible que pretende una productividad conjunta de los créditos presupuestarios; la visión restrictiva del Presupuesto tampoco es apropiada para la dinámica contractual. Un nuevo Derecho presupuestario -- el proyecto de Ley General Presupuestaria que pende de aprobación en Las Cortes es un notabilísimo avance, -- aliviará la situación descrita.

El interés económico del Estado se proyecta hacia -- una serie de objetivos concretos en los contratos: la defensa de la previsiones presupuestarias, al objeto de que los contratos no desborden los créditos iniciales, de -- aquí el que la Hacienda preoconice el precio cierto, sea enemiga de las cláusulas de revisión y de todo lo que con -- lleve ambigüedad en el compromiso; la evitación de malver -- saciones de los caudales públicos repudía la contratación

libre y desconfía por principio de los funcionarios y -  
contratantes privados; el logro del mejor precio repre-  
senta historicamente elevar la subasta pública al alza  
o a la baja a un pedestal; el control de los gastos pú-  
blicos justifica la fiscalización acto por acto y en to-  
das las etapas de su via jurídica.

Pero estos objetivos financieros pueden colisionar,  
ya así sucede en la practica diaria, con los gestores -  
de los servicios públicos que logicamente dan toda la -  
primacia al cumplimiento de los objetivos de éstos, pro-  
duciendose una interesante lucha entre ambos que es cier-  
tamente fructifera si no llega a grados paralizantes. Pa-  
ra nosotros, el interés económico del Estado debe defen-  
derse sin perder de vista el servicio público que es lo  
principal y para cuyo funcionamiento se acopian los fon-  
dos de la Hacienda pública.

El fin de la institución comprende además la es-  
trategia contractual del Estado. Esta nueva perspectiva  
trata de poner de manifiesto todas las posibilidades --  
operativas de este quehacer de la Administración. La --  
institución, además de ser cauce jurídico de ese flujo  
de bienes y servicios de doble dirección Administración-  
administrados, sirve también a los objetivos generales  
de la política económica, la política social y el desa-  
rrollo tecnológico. Este enfoque es muy moderno. La --  
doctrina de las leyes clásicas eran ajenas a estas preo-  
cupaciones e incluso las rechazaban por perturbadoras.

Consideraciones económicas inspiran hoy innumera-  
bles preceptos de la legislación, que no puede desenten-  
derse de los problemas de los sectores incididos tan im-  
portantes como la productividad, la reducción de costes,  
la competencia extranjera, la mejora de las estructuras  
de las empresas...; el contrato del Estado es capaz de  
aportar soluciones para estas metas cada vez más presen-

tes en el pensamiento del legislador. Lo mismo cabe decir de las preocupaciones sociales que lucen en los Pliegos - y el fomento de la tecnología y de la ciencia que puede - llevarse a cabo con hábiles exigencias en las prescrip-- ciones y especificaciones que operan en los contratos de empresa.

La estrategia contractual, en fin, llama la aten-- ción sobre las posibilidades de esta magnifica palanca - para el progreso general.

5. Es necesario meditar ahora sobre la naturaleza jurídica y clases de los contratos del Estado pero no so-- bran unas consideraciones previas sobre la fuente y la - estructura de las obligaciones económicas del Estado cuyas conclusiones más dignas de mención son: el papel básico de la Ley como fuente legitimadora de todas las -- obligaciones ya que, según se afirmó, los administradores públicos son simples ejecutores e interpretes de la norma en todos los actos sin olvidar la influencia ciertamente decisiva y condicionante en este campo económico de - la Ley de Presupuestos; y respecto a la estructura se -- llama la atención sobre como el fenómeno de la ejecución de la obligación, o sea, el pago de la deuda se articula en tres actos, contracción -reconocimiento- ordenación, - forzados por los mandatos del Derecho presupuestario que desde la sombra aferra en todas las esquinas de nuestra Institución.

La naturaleza jurídica de los contratos del Estado es una consecuencia de los elementos que forzosamente de ben ser combinados en la solución española. El contrato masivo civil moderno: objetivado, social, ético, automá-- tico; una Administración pública actuando con poderes re glados que constituyen su único título de legitimación - y la auténtica fuente de las consecuencias jurídicas de

las declaraciones de voluntad o actos de aquélla; y finalmente, de la incidencia de un interés público cosificado en el servicio público e involucrado con los caudales de la Hacienda pública, actuando como única causa válida de los contratos que no puede ser condicionada pár el interés prívado en ningún caso. Por último, el decisivo papel del sistema, del procedimiento jurídico coordinador de to dos aquellos componentes en orden a la generación del vínculo obligatorio.

Sobre estas premisas no es posible llegar a otra -- conclusión que a la configuración del contrato del Estado como una modalidad de los actos de la Administración; es -- decir, una situación jurídica que sólo es explicable desde la Administración y en la Administración.

La distinción en la esfera administrativa entre acto y contrato es un tema obsesionante en el estudio que -- bruta en casi todos los capítulos. Está justificada esta inquietud porque cuesta trabajo aceptar, sin una reflexión completa de todo el Derecho español sobre contratación -- del Estado, que no es posible marcar graves diferencias -- entre la estructura del acto administrativo y el contrato del Estado; en otros términos, que éste no nace del mutuo consenso o concurso entre la oferta y la aceptación como en el Derecho civil, sino de la voluntad constituyente de la Administración coronando un procedimiento al cual se -- ha incorporado la voluntad sumisa y adhesiva del interés privado.

La desigualdad radical de las partes deben procla-- marse como un hecho que imposibilita esa igualdad de vo-- luntades, poderes e intereses entre los individuos que es antecedente del contrato civil arquetipo. El sistema español no ha aceptado el cómodo expediente de otras naciones obligando al Estado, si quiere contratar con los particu-

lares a que se comporte como uno más de ellos, esto es, se iguale en poder y libertad. Por el contrario, nuestro Derecho sigue otro camino mas complejo y admite dentro del contrato, procurando no destruirlo, la dialéctica de la desigualdad, pero enmarcando el desafío de voluntades en el procedimiento, el sistema, que armonizará en cada figura los dos intereses contrapuestos: la Ley realiza, en consecuencia, un papel trascendental porque es ella la que obra el milagro de disciplinar al ente público y tutelar satisfactoriamente el interés privado dentro de un plano donde no pierda éste su empuje ni su confianza en la Administración.

¿ Que relevancia tiene entonces la voluntad privada en el contrato del Estado? frente a la voluntad jurídica, reglada y constituyente de la situación jurídica contractual que emana de la Administración, se sitúa la voluntad privada → interesada, debilitada y de adhesión. Es requisito imprescindible para que nazca el contrato aún cuando la situación jurídica sea fruto unilateral del acto administrativo, en Derecho y en interés público, dictado por el órgano de contratación competente, que hace converger así el supuesto fáctico con la Ley y por la vía del procedimiento.

La distinción entre la situación jurídica contractual y la situación jurídica reglamentaria o estatutaria debe merecer una especial atención, ya que ambas nacen de actos administrativos y se diferencian solo por sus efectos. Los datos típicos de la situación contractual son: la necesidad de la voluntad privada para su nacimiento; los derechos y obligaciones económicos recíprocos Administración-administrados que envuelve; la especificidad en mayor o menor grado de lo contractual frente a lo reglamentario; la irrevocabilidad, en principio, de la situación contractual y la mutabilidad de las situaciones reglamentarias. Estos grandes rasgos se completan con otros variados matices.

La clasificación de los contratos del Estado se puede realizar ~~a~~ distintos ángulos: ordinario (la típica clasificación civil), jurídica (contratos privados, administrati--vos y públicos) y financieros (contratos activos, pasivos y neutros). La más interesante, sin lugar a dudas, es la que se ocupa de agrupar los contratos por su régimen jurídico y explica las razones de interés público que fundan las dispa--ridades de régimen.

Los contratos privados (patrimoniales, civiles no pa--trimoniales, mercantiles....) se caracterizan porque la si--tuación jurídica contractual se regula básicamente por el --derecho privado llamado al respecto por el derecho adminis--trativo. Las razones de esta solución se centran en que el derecho privado es más eficaz que el administrativo para --la defensa del interés económico o de los objetivos económi--cos perseguidos por el Estado en estos negocios, pues la --idea de servicio público no está aquí primordialmente en --juego.

Los contratos administrativos (obras, servicios, sumi--nistros, asistencia técnica, contratos de personal, adminis--trativo, transportes, aprovechamientos forestales...) han --sido objeto de una riquísima literatura científica que los --examinan desde las más diversas perspectivas. Todas sus apor--taciones son iluminadoras para la mejor indentificación de --estos negocios y se expondrán simplificadas en el Capítulo --correspondiente. Nosotros nos pronunciamos, como nota distin--tiva o, mejor dicho, como causa determinante de sus peculia--ridades, en favor de la vinculación del contrato por el des--envolvimiento regular de un servicio público, aceptando el --criterio legal, pero siempre que, añadimos, la estructura de aquél reuna además una serie de características intrínsecas: prestación específica, tracto sucesivo y administración deu--dora del precio. Estas notas estructurales del contrato son justamente las que hacen necesario que las potestades admi--nistrativas prorroguen su virtualidad más allá de la celebra

ción e incidan en el periodo de ejecución al objeto de dirigir el cumplimiento, modificar la prestación, interpretar - ejecutivamente las dudas y acordar, en su caso, las resoluciones. Sobre el esquema de Derecho civil se superponen estas potestades administrativas contractuales que están sujetas a Derecho con el exquisito cuidado de no romper la sustancia contractual, es decir, el equilibrio de intereses -- querido por las partes.

Quedan por último los contratos públicos, variopinto grupo que se deslinda de forma negativa, (todos los contratos Administración-administrados que no son privados ni administrativos) y de forma positiva (con referencia a ese -- conjunto de figuras que han nacido en el propio Derecho público y es en él donde deben hallar explicación). Se parte, por supuesto, de una idea de contrato amplia y abstracta: - relación de servicios funcionariales o contrato de función pública, venta de servicios públicos por la Administración, deuda pública, lotería, apuestas mutuas, conciertos económicos, convenios fiscales, acuerdos expropiatorios "pactos - de caballeros"...

Comprendemos que esta multitud de situaciones de tipo voluntario no brindan el cuadro demasiado homogéneo. Para - nosotros lo que une a este conjunto es el acuerdo de voluntades como requisito de la situación jurídica y la acusada presencia del Derecho público y el descastamiento del Derecho civil, al tiempo de definir los efectos entre las partes. También se puede citar, el bajo grado de singularización de estos negocios en los aspectos sustantivos, y comportándose como acuerdo de fijación o concreción de aspectos - diversos, la posibilidad de la modificación de la situación inicial por normas ulteriores, lo que aproxima a los contratos públicos muchas veces a las situaciones reglamentarias... dicho sea todo en términos generales.



6. La generación del contrato del Estado es producto, -- y esta idea actúa a modo de constante en todo el estudio, -- de la dinámica de un procedimiento legal coordinador de -- las voluntades, más o menos intenso, que es impulsado por el órgano de contratación. El protagonismo de los expedientes, que pretenden funcionar como módulos inteligentes, desplaza hacia ellos la responsabilidad del acierto de la operación y minimiza el papel de los administradores públicos.

A este respecto deben destacarse los principios del buen procedimiento: uniformidad, flexibilidad, búsqueda automática del óptimo contractual, defensa del interés público, captación del contratante idóneo y virtualidad jurídica en relación con el contrato que se convierte de este modo en un contrato - procedimiento.

La conformación del esquema contractual óptimo es -- uno de los objetivos más relevantes del procedimiento. Se trata de que la Administración, de forma unilateral y sin participación del administrado, elabore un proyecto de contrato en forma de Pliego, cuadro de condiciones generales, Reglamento tipo, modelo de bases... que implique la solución más satisfactoria de las posibles, la armonización -- más certera del interés público con el interés privado colaborador; o sea, un óptimo jurídico y económico.

La conquista, en solitario, de este óptimo conlleva a la acumulación de una serie de actuaciones obligadas para el órgano gestor: decidir sobre las prioridades objetivas del servicio público, la fijación técnico-económica -- del objeto del contrato, la fijación de la "lex contractus", la dotación financiera o presupuestaria y, finalmente, la aprobación del esquema. Esta aprobación determina la presunción de legitimidad y conveniencia para el interés general. Su índole es normativa-singular de la situación jurídica futura; de aquí que el esquema pueda calificarse de -- subreglamento limitado.

Concluido el documento debe procederse a la convocatoria de la oferta privada con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia para respetar el axioma de la igualdad de los ciudadanos ante los contratos del Estado y, al mismo tiempo, posibilitar la obtención de condiciones de mercado y permitir la fiscalización de las operaciones.

El acto público de convocatoria es jurídicamente una especie de "invitación para ofertar" sin compromiso de -- aceptar" pero que vincula a la Administración, según el -- procedimiento legal o lo previsto en el esquema, a su agotamiento y continuidad; y si lo suspende unilateralmente -- tiene que indemnizar los daños habidos por responsabilidad extracontractual. La convocatoria no es, pues, oferta ni en ningún caso la aceptación del particular perfecciona el contrato sino, como se verá, la aprobación conforme a Derecho de la proposición privada por el órgano competente.

Merece la atención dedicar un espacio a las distintas modalidades de selección de ofertas, en régimen de publicidad y concurrencia. El tema es importante, pues el -- sistema de subasta, el gran hallazgo histórico tan respetado por nuestros antepasados, con su automatismo elemental y su llamada a una concurrencia amorfa, está hoy en -- completo desprestigio. Claro es que el repudio de la subasta no puede llevarnos a mermar importancia a los principios de publicidad y concurrencia cuya aceptación, en -- este campo, es, sencillamente, indiscutible. La contratación directa, la tesis contraria, que confía todo en la -- habilidad del órgano, es propensa al arbitrio, la discrecionalidad y la oscuridad operativa.

El Derecho moderno está centrado en las soluciones intermedias: concurso-subasta y concursos, abiertos o restringidos que constituyen sistemas más racionales e inte-

ligentes, porque no pierden de vista que de lo que se trata es de celebrar un contrato en las mejores condiciones -- para las dos partes y con el individuo o la empresa más -- idónea; esto significa la aplicación de criterios objetivos de valoración de ofertas predeterminados en el esquema y la inclusión de cláusulas de admisión previa que homogeneicen y depuren la concurrencia.

La incorporación al procedimiento del consentimiento privado se produce mediante la presentación de su oferta o proposición vinculantes. Ya sabemos que la voluntad privada del candidato es dócil, sumisa y de adhesión: se limita a manifestar que su interés coincide con ese esquema catalizador del interés público en el contrato. La conexión tiene lugar en el seno del expediente que es el que coordinará la voluntad reglada administrativa con la espontaneidad individual.

¿Que naturaleza jurídica tiene el status del candidato en estos momentos? ya se vió que en ningún caso, ni siquiera en el aparentemente automático sistema de subasta, tiene derecho a que su oferta sea aprobada por la Administración. El candidato es, no obstante, titular de un interés jurídicamente protegido que le legitima para exigir de la Administración el cumplimiento estricto de la normativa general y de las declaraciones del esquema contractual, so pena de nulidad del contrato.

El último momento de la generación del contrato del Estado lo es el acto de aprobación que es el que lo perfecciona dando vida a la situación jurídica contractual Administración-administrados.

Los requisitos del acto de aprobación nos ponen de relieve las diferencias sustanciales del acto administrativo contractual frente al contrato civil puro:

- Consentimiento: procedimental y sustancialmente reglado; incluso donde se reconoce una autonomía de voluntad administrativa o discrecionalidad, debe ésta sujetarse a - los criterios de actuación legal, ser conforme con el interés público y los principios de buena administración. No - hay pues verdadera libertad contractual administrativa pues está toda ella objetivizada.

- Objeto: el contrato de Estado debe tener un pre--cio-justo, de mercado, equilibrado; categoría ética superadora del precio cierto civil, que lleva implícita comportamientos administrativos más amplios en el reparto de riesgos, revisiones de precios, dificultades en el cumplimiento...una atmósfera de colaboración pretende elevarse sobre el conflicto de intereses.

- Causa: el interés público o fin del contrato secundariza el perque inmediato y jurídico que es la causa - civil, que también opera en el contrato del Estado. Todo - el paquete contractual se pone, en este sentido, al servicio de ese fin superior al que debe sus existencia y cuya defensa justificará, cuando se haga necesario, el ejerci--cio de potestades y su ausencia, determinará fatalmente la extinción de aquél compromiso.

- Forma: el formalismo del contrato del Estado es - radical, en todas sus fases, con prohibición de los acuerdos verbales, inaceptables en el campo público donde todo - debe constatarse en documentos incorporados a los expedientes.

También los efectos del acto de aprobación, la situación jurídica contractual, está teñida de insolitas peculiaridades si bien en este capítulo debe tenerse en cuenta la heterogeneidad de los regímenes jurídicos.

7. Por fin, llegamos al estudio de la ejecución del contrato del Estado,

Es necesario examinar el deber de cumplimiento administrativo y las prerrogativas del Estado-deudor. Respecto a la naturaleza del deber estimamos que es más comprensible el supuesto si pensamos que, en definitiva, determina reciprocamente el ejercicio por el particular de un derecho de crédito contra la Administración que esta debe complacer por las mismas razones que lo hace con cualquier otra pretensión sujeta a Derecho. El deber de cumplimiento es, por ende, el deber de aplicar y de reconocer el Derecho que ostenta la Administración. Las prerrogativas del Estado-deudor, sin embargo, vuelven a colorear de originalidad el supuesto ya que constituyen severas limitaciones para el ejercicio del crédito privado: el condicionamiento presupuestario, la inejecutabilidad del patrimonio público, la reducción del plazo de prescripción, la inaplicación de las excepciones civiles de incumplimiento, la conversión obligatoria de derechos por indemnizaciones económicas...

Estos desequilibrios posicionales sistemáticos en la relación contractual derivan tanto de las prerrogativas del Estado-deudor como de las que ostenta el Estado-acreedor que se verá más adelante. Ciertamente que todos estos desajustes los conocen y prevén los administrados contratantes, pero desde el punto de vista jurídico representan un constante remendar el esquema civil por todos sus ángulos. Esta meditación lleva a los autores al afán de construir un nuevo modelo contractual basado en la colaboración cuyas ideas más influyentes para su correcta articulación serían la búsqueda de un clima de confianza Administración-administrados, la tutela del interés privado, la asunción de los riesgos imprevisibles por la Administración, el equilibrio de intereses y, he aquí el dato más iluminador, el precio y el beneficio justo, es decir, la objetivación de estas variables al eliminarse el alea.

La sujeción del cumplimiento del contrato al interés público acarrea, en fin, quiebras del "pacta sunt servanda" cuyas manifestaciones mas importantes, en beneficio del Estado-acreedor son: la tutela administrativa del cumplimiento del contrato o poder de dirección; la potestad de modificación y extinción del contrato o "jus variandi" y la interpretación ejecutiva del contrato.

Es inevitable plantearse ahora la problemática de estas excepciones pero jugando en las tres categorías de contratos del Estado pues en cada una de ellas tiene sus peculiaridades. Las potestades de la Administración operan -- siempre que haya un interés público que defender pero puede confundir el hecho de que sea en la figura de los contratos administrativos donde tiene expresiones más ricas e interesantes, justamente por las características intrínsecas de estos negocios. En nuestro sistema las potestades de la Administración se sujetan a Derecho, o sea están regladas, en la esfera de los contratos administrativos. Sin embargo, en el campo de los contratos privados de la Administración las precitadas potestades deben articularse por vía de cláusulas incluidas en el esquema, por vía del fuero administrativo de conocimiento previo y por vía del instrumento de la expropiación forzosa. En los contratos públicos las manifestaciones de las potestades públicas es -- también compleja: a veces por vía reglamentaria o legislativa, por estipulaciones insertas a este fin,...

De todo ello se deduce que la potestad de modificación (la necesidad de que la ejecución de los contratos se adapte al interés público cambiante de tal manera que si -- desaparece la causa pública debe desaparecer también el -- contrato), la potestad de dirección (el control del proceso de realización y entrega de la prestación), la potestad de interpretación (decisión previa de las discrepancias --

que surjan entre las partes)..., no son notas genuinas del contrato administrativo sino adornos naturales del contrato del Estado que adquieren todo su relieve cuando el planteamiento negocial así lo aconseja. Se parte de la afirmación rotunda de que en ningún caso el interés privado contractual debe doblegar al interés público, cualquiera que sea el régimen jurídico sobre que se asiente el convenio.

La revisión del contrato del Estado por alteración de las circunstancias halla en los contratos del Estado un terreno mucho más apropiado para el triunfo de la institución (la famosa clausula "rebus sic stantibus") precisamente por esa peculiar ética de colaboración, precio justo y racionalidad que debe inspirarla, razón por la cual todos los autores se pronuncian por una aplicación amplia y generosa de la doctrina de la imprevisión.

Esta doctrina, no obstante, debe ser objeto de crítica porque consideramos que la contratación del Estado moderna no necesita sólo un aliviadero en ese conflicto clásico entre la equidad y la seguridad contractual, sino un replanteamiento de la problemática: no conviene forzar a las empresas a que realicen previsiones de inflación futura porque ~~se~~ perjudican a la economía nacional provocando inflación, ni conviene que las mismas asuman riesgos en las operaciones que resulta menos costoso que los absorba el Estado, ni debe dejarse al arbitrio judicial la ponderación de un hecho que pide soluciones racionales y sistemáticas, ni tampoco es bueno que la libre decisión de los órganos determine la inclusión o no de cláusulas de revisión..., al Derecho positivo incumbe, en suma, el establecimiento de un sistema que garantice el correcto funcionamiento empresarial mediante la adaptación permanente de los precios iniciales a la evolución del mercado. Estas afirmaciones son válidas para todos los contratos del Estado.

La extinción del contrato del Estado reviste algunas particularidades a mencionar: su formalismo riguroso en la etapa de la liquidación o conclusión normal del contrato -- para asegurar el interés público; la convergencia en los casos de nulidad de supuestos basados en el Derecho administrativo y en el Derecho civil; la resolución del contrato por decisión de la Administración no sólo en los contratos administrativos sino también en los públicos y los privados, como efecto indirecto del privilegio de conocimiento previo; y finalmente el mutuo acuerdo o contracontrato que tiene el tratamiento de un nuevo contrato del Estado -- con todas sus consecuencias, pero advirtiéndose que este negocio extintivo está expresamente autorizado en el Derecho positivo de los contratos administrativos.

Nuestro estudio concluye con una referencia al acuso control jurídico a que está sometida esta vertiente des la ~~actividad~~ económico-administrativa y la necesidad de ir a una atribución completa del tema de lo contractual del Estado a la jurisdicción Contencioso-administrativa, en base a un conjunto de razones que parecen hoy incuestionables

.....

La doctrina del contrato del Estado es, según se ha expuesto, un esquema director común o plataforma de coincidencias de todo lo contractual del Estado. Las mayores aportaciones corresponden a la noción ejemplarizadora del contrato administrativo pero la estructura de este compagina perfectamente con las particularidades de las demás figuras privadas o públicas; es decir que cuando se dan las mismas necesidades y supuestos de interés público todos -- los contratos del Estado reaccionan o deben reaccionar con



similares comportamientos. La práctica demuestra que un -- mismo tipo de relación contractual puede revestir las tres grandes modalidades que hemos deslindado; e incluso pasar de una a otra categoría con carácter general o para casos determinados. Esta vivacidad de las figuras contractuales del Estado no degeneran en la anarquía porque la unidad -- de la institución prevalece sobre la diversidad; sirve de muestra de referencia para comprender las desviaciones y -- heterogeneidades en que, se quiera o no, incurren algu-- nas soluciones positivas y, no digamos, expedientes singu-- lares.

No cabe duda que nuestra institución proseguirá su avance jurídico y científico en el futuro porque, aparte -- de sus funciones ordinarias e insoslayables es la que me-- jor se adapta a los modos de ser de la Administración de -- un Estado democrático. El contrato simboliza como ninguna otra institución jurídica el respeto a la seguridad, la in-- dividualidad y la libertad de los administrados. El pacto entre Administración y administrados abre una luminosa vía de entendimiento para múltiples cuestiones donde el impe-- rio y la coacción deben ser erradicados ¿Y que concepción del contrato prevalecerá en el futuro?. Nosotros entende-- mos ~~que~~ una perspectiva amplia y comprensiva de lo contrac-- tual del Estado es mucho más útil y operativa en el Dere-- cho administrativo que polarizar el esfuerzo análitico en una noción alambicada del contrato administrativo, deduci-- da por contraste de su hermano civil. Esta actitud conlle-- va el olvido habitual de las demás piezas negociales que enriquecen el sistema y resta generalidad y expansión a -- los rasgos tipificadores que nacidos al calor del precita-- do contrato administrativo son, en realidad, patrimonio -- de toda la institución.

Por lo que se refiere a la noción sistemática del -- contrato del Estado, que preconiza el protagonismo de los

expedientes pensantes, del consentimiento-procedimiento, - la reputamos, en fin, una visión del tema aportada por el Derecho administrativo español, muy consecuente con los - modos de ser de nuestra Administración pública en este -- periodo histórico. Si el día de mañana ésta progresa ha-- cia una profesionalización integral de los órganos de eje-- cución, se independiza y salvaguarda a éstos de las dis-- crecionalidades políticas, se instrumenta una fiscaliza-- ción exterior efectiva del quehacer económico-administrati-- tivo, se racionalizan sus estructuras orgánicas y funcio-- nales y, simultáneamente, continúan madurando las estruc-- turas empresariales y los niveles generales de desarrollo económico y social, sería factible reflexionar acerca de soluciones que den un mayor juego creador a la autonomía de voluntad contractual de los administradores públicos a costa del imperio de los esquemas objetivados. La combina-- ción de ambos factores en parecidas dosis sería un claro-- camina de perfeccionamiento, pues sumaría a la intelligen-- cia del sistema la del propio administrador público.

.....

Finalmente, deseo expresar mi gratitud al profesor ARIÑO ORTIZ, por dos razones: La primera, porque en merito a sus estimulantes palabras me decidí a ordenar un mon-- tón de papeles y notas que tenía archivados y que han si-- do la bse de este estudio; y segundo, por las considera-- ciones críticas que me ha formulado durante la redacción de este documento, siempre oportunas debido a su profundo conocimiento de estas materias.

Madrid, Junio de 1976

EL AUTOR,

C A P I T U L O I

NOCION GENERAL DE LA INSTITUCION DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

## C A P I T U L O I .

### SUMARIO

#### NOCION GENERAL DE LA INSTITUCION DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

##### I.- LO CONTRACTUAL DEL ESTADO

- 1.- Ideas generales
- 2.- Contrato y Estado
- 3.- De la heterogeneidad a la unidad de la institución
- 4.- El interés público contractual

##### II.- PANORAMICA INTERNACIONAL DE LA INSTITUCION

- 1.- Ideas generales
- 2.- Sistemas de contratación del Estado
  - A. Sistema inglés o de libertad de actuación
  - B. Sistema alemán o de procedimiento flexible
  - C. Sistema francés o de procedimiento rígido
- 3.- La relatividad de los sistemas nacionales

##### III.- SOLUCIONES JURIDICAS BASICAS SOBRE EL CONTRATO DEL ESTADO

- 1.- Ideas generales
- 2.- Doctrina unitaria del contrato civil
- 3.- Doctrina pluralista del contrato administrativo
- 4.- Doctrina radical del contrato público
  - a. Como contrato de derecho público
  - b. Como acto administrativo condicionado

##### IV.- CONCEPCION UNITARIA DE LA INSTITUCION

- 1.- Ideas generales
- 2.- El contrato administrativo como esquema base
- 3.- Principios de la institución en el Derecho Español
  - A. Plenitud de la institución
  - B. Sustancia contractual de las figuras reguladas
  - C. La ley como razón de su fuerza obligatoria
  - D. El procedimiento cauce generador
  - E. La accidentalidad de los regímenes jurídicos
  - F. La función instrumental del contrato
  - G. La institución como supraconcepto

## CAPITULO I

### NOCION GENERAL DE LA INSTITUCION DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO.

#### I.- LO CONTRACTUAL DEL ESTADO

##### 1. Ideas generales

La posición del individuo en relación con el Estado - tiene, en todo caso, una base consensual e interesada ya - que por un acuerdo de voluntades general y tácito aquél - existe y por otro se atribuyen facultades ejecutivas a la Administración frente a los administrados. Pero este consenso está otorgado por los ciudadanos en base a los intereses comunes o públicos de los cuales son ellos mismos los legítimos titulares si bien su representación y defensa la confíen al ente soberano. Cuando el individuo presta voluntariamente su consentimiento al hecho estatal, pero en base a un interés personal y exclusivo, estaremos ante la filosofía primaria del contrato del Estado.

Lo contractual del Estado es, en principio, una modalidad de los comportamientos de la Administración pública - que junto con el acto ejecutivo, integran las dos posibilidades máximas y las dos formas operativas por excelencia de la potestad que la comunidad ha conferido a las autoridades administrativas para la consecución de los fines colectivos. La realización de estos fines aconseja que la conducta de - los ciudadanos, incluso la dinámica de sus bienes privados, se sujete a cauces predeterminados que confluyan en el bien común. Este es el fundamento del contrato social que sirve de estatuto jurídico al comportamiento de los individuos co

mo tales y al conjunto de poderes atribuido al Estado para que ordene la vida de la comunidad. (1)

Al lado de los actos generales o singulares emanados de los órganos de la Administración que imponen unilateralmente obligaciones a los individuos, aparece a modo de opción manejable la virtud de lo contractual en cuyo mérito asume también obligaciones frente al Estado, pero de forma voluntaria y a cambio de una contraprestación; o lo que es lo mismo, el ciudadano sujeta libremente su conducta en el marco de una finalidad pública y la Administración se obliga a compensar esta actitud en términos conmutativos.

En el fondo de lo contractual del Estado late una afirmación indiscutible: que los individuos aman su libertad pero son capaces de sacrificar una parte de la misma en beneficio de sus intereses. Este axioma se completa con otro: que generalmente es más eficaz para regular la libertad individual el pacto equilibrado y justo que la orden imperativa, el contrato voluntario que el ejercicio de la potestad. En resumen: Que para conformar el complejo mundo de los intereses que nervan a la comunidad es más eficaz el consenso general o singular que la mera autoridad.

## 2. Contrato y Estado.

Contrato es sinónimo de obligación voluntariamente aceptada, de equilibrio de intereses, de mutuo respeto y de seguridad jurídica para las personas. Se trata de una de las instituciones del Derecho más universales y que ha servido de explicación a más número de relaciones sociales. Y todo ello porque el contrato lleva implícita la idea de libertad y de respeto a la voluntad y a los intereses individuales. Por su parte, el Estado, organización rectora y representativa de la sociedad, constituye una suma de los

poderes legislativos ejecutivo y judicial que ejercita para el bien de los individuos y el progreso de la comunidad, bajo la idea esencial de que todos los intereses privados - quedan doblegados a la utilidad pública que aquél tutela.(2)

En un sentido amplio se pueden definir los contratos del Estado como aquellos que celebran los órganos de la Administración, en nombre de aquél, para el cumplimiento de los fines competenciales que les incumben. Esta definición, tan comprensiva, caracterizada por las notas subjetivas - la Administración es parte directa del contrato- y objetiva, -los fines competenciales- tiene como único mérito el implícito reconocimiento de que contrato y Estado no son conceptos reñidos o incompatibles a pesar de la íntima contradicción que aparentemente encierran: el Estado es cúmulo de poderes y facultades; y el contrato, por el contrario, es, - según consagra el derecho común, vínculo obligatorio voluntario que constriñe, limita e impone el deber de cumplimiento. Si el Estado es arquetipo del poder unilateral y el contrato símbolo de libertad e igualdad ¿como podrán conciliarse ambas instituciones?

Para muchos administrativistas, que dan por supuesto que "poder y contrato son conceptos incompatibles" la armonización se resuelve acudiendo a la ficción de la doble personalidad pública y privada del Estado o, con expresión jurídica más actual, reconociendo a éste, al lado del ejercicio del poder de mando, la capacidad de obrar de acuerdo -- con el derecho civil, gracias a la cual puede tener un patrimonio, celebrar contratos y obligarse frente a los particulares. Ahora bien, esta doctrina inspirada en la vieja noción del Fisco ¿no implica hoy solo un artilugio jurídico - que deja al margen la verdadera problemática? En efecto, si el Estado para celebrar contratos con los particulares tiene que despojarse de su poder y adoptar el papel de una per

sona jurídica más ¿no encierra ésto la paradoja de negar al supremo poder su propio ser y personalidad? El Estado, al contratar, tendría que dejar de ser el Estado; según este punto de vista el conflicto entre ambas instituciones quedaría resuelto en favor del contrato civil clásico dotándolo de exigencias intrínsecas que doblegan el modo de ser del ente público, para seguridad de los individuos. (3)

Pero las ideas han evolucionado y a impulso de la socialización del contrato, por una parte, y de las premisas del Estado de Derecho, por otra, la institución que nos ocupa encuentra hoy una explicación diferente de la tradicional. Lo contractual del Estado constituye una situación jurídica entre Administración y administrados que se perfecciona no en base al mero consentimiento, como el contrato civil, sino por imperio del Derecho, que es donde se dan cita y se confunden los dos elementos de nuestra institución, al constituir la razón común de su existencia y eficacia.

Es preciso recordar, en este sentido, que los axiomas voluntaristas en que se asentaba el contrato clásico se encuentran hoy en continua recesión. La autonomía de la voluntad, capaz por sí sola de crear efectos jurídicos válidos, va cediendo cada día más terreno, por razones sociales y económicas, al derecho necesario, que velará para que el conflicto de intereses que abriga el contrato no atente al bien común. Hoy el contrato se concibe, ante todo, como una función socio-económica, una comunicación de bienes y servicios entre las personas, esencial para la convivencia, que el derecho contemplará en todo caso, bien para regularla coactivamente, bien para dejar que fluya a iniciativa de la voluntad privada. No es válido hablar ya de que el contrato es un acuerdo de voluntades, si a continuación no se añade que sus efectos jurídicos son los definidos por las leyes. Hasta este punto es posible enfatizar el papel del Derecho



en este mundo moderno de clara vocación social donde el - contrato vá perdiendo su egoista individualidad. (4)

El mismo énfasis debe otorgarse al Derecho en su papel regulador de los poderes públicos. El poder del Estado no debe contemplarse mayestáticamente como una suma de actuaciones imperativas de las autoridades públicas que cargan sobre la voluntad de los individuos obligándoles a dar, a hacer o no hacer cosas que serían justas o lícitas sin el concurso de aquélla coacción. Un poder público legítimo solo puede ser ejercido del mandato otorgado por la comunidad a los administradores públicos para dirigir, encauzar y -- coordinar a los individuos hacia el bien común; es una potestad jurídica atribuida a las autoridades y funcionarios para que emitan actos administrativos, en el marco de una - Administración pública independiente de lo político y res-- ponsable ante lo judicial.

En otras palabras, el Estado no es en sí poder; el - poder coactivo solo lo detenta la norma jurídica, categoría inseparable de la presunción de justicia y legitimidad que aquélla encierra en su mandato y de cuya fuente toman su - ejecutividad los negocios jurídico privados, los actos administrativos y las sentencias judiciales, a modo de simples reflejos de la autoridad<sup>de</sup> aquélla en el supuesto concreto. (5)

Por otro lado, y con referencia ya a la Administración pública, debe también reconsiderarse la perspectiva simplista de reputar a ésta como una suma organizada de gobernantes, autoridades y funcionarios que realizan el propósito de la Ley mandando a los administrados. Los objetivos previstos por las Leyes no se consiguen necesariamente con el empleo de la coacción, que por incidir directamente sobre la libertad individual debe tener un carácter restrictivo y ex~~ce~~pcional. Los fines del ordenamiento se alcanzarán en muchas ocasiones con medidas organizativas o soluciones técnicas

capaces de encauzar la conducta de los individuos en el sentido deseado o incitándoles a colaborar de modo voluntario en los fines públicos interesándolos en sus resultados. De lo que se trata es de impulsar las conductas humanas hacia el horizonte legal y ésta finalidad es con frecuencia factible manejando un abanico de opciones técnicas, culturales, psicológicas, económicas, etc.... las últimas - de las cuales deben ser la orden, el imperio, la pena o la coacción.

De aquí la razón de que antes rechazásemos la crítica tradicional basada en la antítesis, poder y contrato pues ambas instituciones se coordinan y compatibilizan en el seno del Estado de Derecho; es la Ley la que concede su fuerza obligatoria a los ~~contratos~~ y es también la Ley la que faculta a los órganos de la Administración a celebrarlos y a cumplirlos a tenor de los mismos.

### 3. De la heterogeneidad a la unidad de la institución.

La incorporación de voluntades privadas a la voluntad pública por la vía del contrato no presenta, sin embargo, - un paisaje homogéneo sino que manifiesta una vasta gama de situaciones jurídicas basadas en el convenio, cuyo conjunto es esta institución peculiar, tan rica y variada como el propio tráfico privado. El presente estudio se propone, sin embargo, brindar una explicación unitaria, conforme al Derecho español, de la institución de los contratos del Estado.

En efecto, lo contractual del Estado ofrece en la realidad práctica una gama de negocios voluntarios sumamente - variada: los administradores públicos nos aparecerán comprando y vendiendo servicios; adquiriendo bienes muebles e inmuebles y enajenándolos; haciendo donaciones y aceptándolas; -- contratando la realización de obras; constituyendo socieda--

des; ejecutando operaciones comerciales y mercantiles; arrendando bienes del Estado y alquilando bienes ajenos; admitiendo depósitos o constituyéndolos con terceras personas; celebrando hipotecas; contratando personal administrativo y laboral; conviniendo con particulares la gestión de servicios públicos; aprobando conciertos con empresas en orden a finalidades de interés general; formalizando acuerdos de diverso contenido; y, realizando en fin, otros muchos negocios contractuales. Es decir, que la actividad contractual pública - vista panorámicamente es tan rica en negocios y en situaciones basadas en el convenio como manifiesta el propio tráfico privado.

La cuestión se complica en la esfera pública porque - además de la plúrima gama de las figuras contractuales utilizadas, su forma y su régimen es también, en extremo variada. En ocasiones la autoridad administrativa actuará con plena autonomía y libertad al tiempo de la negociación y elección del contratante privado, como sucede en el contrato de sociedad y en algunos tipos de negocios sujetos al derecho - privado sin regulación específica; en otros casos el órgano verá su voluntad supeditada a un esquema contractual sujeto en todos sus puntos a la norma, que compele tanto a aquél - como al particular colaborador, cual sucede con el contrato de función pública, la venta o prestación tarifada de servicios públicos y otras muchas figuras exhaustivamente reguladas; y en otros supuestos, en fin, se barajan, en diferentes dosis la libertad de contratación del órgano con el respeto a normas imperativas aplicables a la generación o ejecución del contrato, como sucede en los contratos patrimoniales, - en los contratos de obras, gestión de servicios y suministros.

Por otra parte, el cruce de los ordenamientos civil, mercantil y laboral, reguladores de la materia contractual en el ámbito privado, con el gran marco del Derecho administr

trativo en el que se mueve la estructura orgánica y funcional de los administradores públicos, da lugar a una interesante gama de situaciones jurídicas donde se entremezclan - con diversa intensidad, según las conveniencias prácticas - del interés público, principios y reglas de orden heterogéneo. El factor unificador de estos componentes de raíz privatística con las exigencias orgánicas y funcionales del - conjunto de administradores o Administración pública, es el derecho administrativo que remodela, con criterios oportunistas y casuísticos, las distintas figuras, pero tratando de evitar siempre que padezca la sustancia contractual, que es donde reside la fuerza y la utilidad de esta institución.(6)

A diferencia de la teoría general del contrato privado, sencilla, universal y coherente por su naturaleza y efectos la teoría general del contrato del Estado es un esfuerzo una hipótesis jurídica, que tratará de buscar la unidad en la diversidad y aspira a extraer unas reglas generales de la casuística positivista según el derecho español.

La teoría general del contrato del Estado explica la técnica jurídica a que deberán sujetarse los órganos de la Administración cuando utilizan el instrumento - contractual. Se parte, por supuesto, de la premisa que la - normativa civilista es insuficiente para dar una explicación al complejo de fenómenos y de necesidades que presenta el contrato en el ámbito administrativo.

En muchos países, como se verá el derecho civil es el único derecho regulador de los contratos siendo los del Estado una mera modalidad aplicativa del sistema general. Con independencia de los requisitos internos que el administrador - público deba cumplir para celebrar legítimamente el contrato, se presenta ante el particular en un plano de igualdad y sujeto a idéntico derecho. Las necesidades del interés público deberán satisfacerse sin desorbitar el módulo que define el

derecho civil pues la eficacia de la institución, de acuerdo con este criterio, es que los contratos del Estado sean idénticos que los contratos que celebran entre sí los particulares. Desde esta perspectiva la biología del contrato manda sobre la biología de la Administración. El contrato es un concepto único que no admite modulaciones; si el administrador público lo utiliza debe aceptarlo tal cual es y si lo mixtifica ya no es contrato sino una figura del derecho público que debe ser contemplada en un clima jurídico diferente.

No obstante ser la anterior la solución más generalizada entre los países de corte occidental, cabe afirmar, que en el Derecho español se llega a soluciones diferentes pero no por ello menos eficaces. El Derecho civil no es el derecho de la Administración que en su estructura orgánica y funcional se mueve en un estatuto jurídico peculiar. Posiblemente el esplendoroso desarrollo del derecho administrativo sea la secuela de una concepción política dominante conforme a la cual es preciso configurar un poder ejecutivo fortalecido frente a los particulares, pero contrapesado por las leyes. La tensión entre las potestades robustecidas y el contrapeso de las leyes ha dado a luz a una vertebrada normativa, diferente a la civil, en la cual los particulares encuentran la seguridad jurídica. El choque entre el órgano de la Administración, legitimado y mediatizado por su fuero legislativo, con el particular contratante, no es posible ya que se dilucide con las elementales reglas del derecho civil. La autonomía de voluntad en la Administración fluye en unos cauces reglados pero, en contrapartida, se presentará ante el particular revestida de su potestad que, en principio, imposibilita ese equilibrio de fuerzas que es la esencia del contrato privado. La imagen de la Administración prepotente pero reglada, es la que sirve de símbolo introductivo a la teoría general del contrato del Estado, como institución peculiar y diferente a la del contrato común.(7)

4. El interés público contractual.

Las peculiaridades de esta institución dimanar precisamente de la necesidad de conciliar el ser de la Administración como poder ejecutivo del Estado con el ser de los contratos, a fin de que el imperio de aquélla no destruya a éstos. La experiencia demuestra y los planreamientos económicos generales aconsejan que los contratos del Estado para que sean eficaces en el ámbito administrativo, deben ser de naturaleza semejante a los contratos entre particulares y que la incidencia del interés público y el ejercicio de los poderes para su defensa deben articularse sin perjudicar la filosofía íntima de la figura. De no actuarse con esta ponderación se esfumaría la idea de contrato y la Administración perdería un instrumento magnífico para la captación de los bienes y servicios que precisa y para otras múltiples finalidades donde quiebran los métodos coactivos, sin que sea fácil imaginar por cual otro se podría sustituir en una sociedad basada en la libertad individual y la economía de mercado. No existe, pues, fórmula jurídica más eficaz y transparente para regular las relaciones voluntarias de prestación entre el Estado y los particulares que la figura del contrato.

La desigualdad de las partes en el contrato del Estado rompe efectivamente el equilibrio subjetivo de que partió el derecho civil al definir y regular este negocio como fuente de obligaciones recíprocas. También lo rompe la distinta naturaleza de los intereses en juego: público uno y privado - el otro pues el órgano de la Administración promueve fines comunes y el particular o empresario solo pretende un lucro privativo en la operación. Están sin embargo vinculados ambos en busca de su respectivo interés por medio del contrato y la prestación o servicio objeto del mismo debe satisfacer

los dos propósitos concurrentes. Armonizar las consecuencias de la tensión que esta discrepancia crea en el seno del contrato, estableciendo un nuevo equilibrio de intereses adecuado a estas partes desiguales, es el esfuerzo de las normas y prácticas que regulan la contratación del Estado. La situación jurídica conciliadora de la tensión define, en fin, una categoría jurídica genuina cuyo análisis es el objetivo del presente trabajo.

Porque el conflicto queda planteado en los términos que a continuación se exponen: para los particulares el contrato es un fin en sí mismo y para el Estado un simple instrumento al servicio del interés general; para los particulares el contrato significa fijar jurídicamente un compromiso obligatorio y para el Estado todo vínculo o relación jurídica debe quedar condicionado por las exigencias del interés general. Y, desde otra perspectiva, para los particulares el contrato es la consecuencia de un acuerdo de voluntades que se cierra de modo espontáneo y para el Estado, que actúa a través de órganos administrativos sujetos a reglas de competencia y procedimiento, el fruto final de una serie de actos concatenados, preparatorios y concurrentes a la celebración, que adquieren vestidura contractual cuando entra en juego la voluntad del particular y la Administración la virtualiza jurídicamente.

Y toda esta discordancia como secuela de la presencia del interés público, como consecuencia de que el órgano administrativo no opera en defensa de un lucro privativo sino que actúa investido de los poderes que le ha otorgado la Ley para la promoción de la comunidad. He aquí entonces otra importante cuestión ¿que contenido tiene este interés público que incide tan decisivamente en el comportamiento contractual del Estado?

El interés público es un valor fácilmente comprensible

si se le enfrenta con el concepto de interés privado y en un plano metajurídico cualquier ciudadano está en condiciones de enunciar y manejar el término como algo superior a lo que se supedita el conjunto de intereses privados que fluyen en la comunidad. Para la subsistencia de estos intereses privados es preciso un sacrificio parcial de ellos en beneficio de la promoción del bienestar general que sirve de indiscutible soporte al resto de la actividad privada. Interés público es, en su versión más amplia todo aquello que conviene al desenvolvimiento y utilidad de la comunidad y, cabe añadir, para impulsarlo existe el Estado y la Administración pública como parte de aquél, organizada de una determinada forma para este fin. La ambigüedad de esta definición debe perfilarse con matices prácticos pues ello posibilitaría la utilidad del concepto en el ámbito de los contratos del Estado.

Cuando se desciende del plano filosófico y se investiga con una perspectiva más realista el interés público se nos aparece con visos de relatividad. Se descubre, en primer lugar, que no siempre aquél presenta la misma faz o intensidad en los actos de la Administración y es posible establecer una escala de graduación. Hay un interés público dominante, con exigencias radicales e indiscutibles, al cual se doblega toda persona o acto privado. Pero esta nitidez no es premisa constante en las actuaciones de la Administración pública donde coinciden los fines básicos con una constelación de actuaciones secundarias, complementarias o secuela de aquél propósito, de modo que no es fácil, en ocasiones, captar la índole de su vinculación directa con el axiomático interés general. Se podía entonces hablar de un interés público de primer grado o motor y de un segundo grado, tercer grado y así sucesivamente, al estilo de ondas cada vez más leja-



nas, cuando se trata de enjuiciar la justificación o el por qué de determinados comportamientos de la Administración.(8)

La importancia del tema estriba, justamente, en que si mitificamos la idea del interés público como valor supremo e indiscutible que inspira todos los actos de la Administración sería inconcebible la idea de contrato del Estado. El interés público mitificado propicia actos de imperio o autoridad y no admite la limitación o servidumbre que para un ente administrativo significa todo contrato; éste sería si acaso solo un apéndice o situación jurídica precaria que habría que reconstruir íntegramente bajo el esquema del deber. Precisamente esto es lo que hay que evitar para comprender la institución y nada mejor que meditar su temática sobre la base de un concepto relativo, económico, pragmático e incluso doméstico-administrativo del interés público que, no obstante constituir el fundamento de toda la máquina estatal, salvo casos excepcionales no exige la adopción de medidas coactivas pues resultan más útiles para aquél las medidas convencionales o negociales.

Debe acudirse, en suma, a un esquema convincente basado en la afirmación de que si bien todos los actos de los agentes de la Administración persiguen de algún modo el interés general, la sola presencia de aquellas autoridades en las relaciones jurídicas con los particulares, no justifica el ejercicio del poder sino el servicio a la comunidad mediante los mecanismos más apropiados. La Administración y el interés público quedarán así identificados en el plano de la utilidad o conveniencia de unos modos de actuación adaptados a las necesidades fácticas. Este dato será precioso antecedente para penetrar en las singularidades del contrato en la esfera pública derivadas en buena parte de la propia naturaleza e insuficiencias de los órganos de la Administración y de las manifestaciones objetiva

das del interés público en este tipo de operaciones.

Esta relatividad, por último, del interés público contractual es la razón de que el mismo adopte variadas actitudes según los tipos de negocios y las circunstancias en que éstos se desenvuelven. En ocasiones, el interés público contractual se nos identificará con la defensa del interés económico del Tesoro y para garantizar la transparencia en el operar administrativo; en otras, con la necesidad que tienen los servicios públicos de bienes, obras y servicios para su desenvolvimiento continuo y regular; y en otras; con la simple conveniencia de que determinados objetivos públicos deban conseguirse reconduciendo a los grupos humanos hacia metas más conformes con la utilidad general. Detrás de los contratos del Estado hay siempre un interés público que es la causa viva y profunda del negocio; al lado de la cual o, mejor dicho, para la conquista de esta meta suprema, se inserta una causa inmediata jurídica que puede revestir las estructuras del contrato civil u otras genuinas del derecho público. Se verá más adelante que el derecho civil es impotente para dar contestación a la riqueza de formas y de intenciones del contrato del Estado.(9)

## II.- PANORAMICA INTERNACIONAL DE LA INSTITUCION

### 1. Idea general.

La figura del contrato del Estado surge de la necesidad que sienten todas las Administraciones públicas de adquirir en el mercado bienes y servicios para el cumplimiento de sus fines competenciales, así como para establecer acuerdos con los particulares sobre cuestiones de interés general donde resulta más aconsejable la técnica del convenio voluntario que la de la coacción. Las Administraciones públicas, que - deben constituir esquemas personales y reales de tipo restringido, no encuentran en su ámbito los bienes, servicios

y organizaciones indispensables para la ejecución de sus programas. De aquí la conveniencia y oportunidad de que acudan al mercado para adquirirlos o para influir en los comportamientos de los administrados en otros aspectos.

La fisonomía de los contratos de la Administración dependerá, en gran medida, de los principios sobre los que se asienta el Ordenamiento de cada Estado y, en consecuencia, de sus Administraciones públicas. La recíproca influencia entre las estructuras jurídicas administrativas y los modos de contratación ha sido puesta de relieve por la doctrina. Así García de Enterría manifiesta: "Puede decirse sin hipérbole que cualquier concepto del derecho administrativo debe hacer sus armas precisamente con esta institución enigmática del contrato administrativo para justificar su exactitud, e, inversamente, que una verdadera doctrina del contrato administrativo prolonga inmediatamente sus efectos hasta la teoría general del derecho administrativo". Nada más cierto. La idea de contrato del Estado será una pura secuela de los principios informadores del régimen administrativo imperante en un país determinado. Del modo como conciba éste las relaciones coactivas y voluntarias entre el Estado y el ciudadano se deducirá el enfoque del tema que nos preocupa. (10)

A su vez las concepciones políticas del Estado influyen decisivamente en el modo de ser de la Administración. No será ésta la misma en un Estado totalitario que en un Estado democrático.

Si se configura el Estado como un ente todopoderoso e indiscutible alrededor del cual gira y se supedita toda la vida nacional, como es típico de los dogmas totalitarios -- cualquiera que sea su color, la institución de los contratos aparecerá debilitada: la normativa administrativa irá supliendo el juego de las voluntades mediante soluciones integradoras donde los deberes del particular contratante tienen más relevancia que las obligaciones asumidas por la Administración, -

la cual, al tener, por otra parte, un absoluto predominio - sobre el individuo y una fuerza expansiva a costa del sector privado, anulará la importancia de las colaboraciones voluntarias de prestación. Es la faz de la Administración pública autosuficiente, pletórica de servicios, dotada de empresas e instalaciones capaces de acudir a casi todas sus necesidades. Las consecuencias regresivas para la iniciativa privada, base del contrato del Estado, son obvias.

Por el contrario si el mundo occidental sigue vaminando sin pasos atrás, como es de desear, por la senda de las libertades económicas, políticas y sociales y el empuje de la nación se asienta en la capacidad creadora individual, - esto llevará consigo una estructura de la Administración pública estabilizada y profesional, deseosa de descargarse de actividades secundarias y prestaciones que pueden ser  ejecutadas por empresarios privados con más economía y eficacia y partidaria indiscutible del pacto y la negociación como - técnica de influencia en los comportamientos sociales.

Esto no significa desconocer la progresiva tendencia intervencionista de las Administraciones públicas occidentales porque, justamente, el mantenimiento de las instalaciones democráticas impone cada día más sacrificios y cortapi-sas al estatuto individual al objeto de que en los estratos sociales no surjan desequilibrios perturbadores. Lo que se quiere indicar es que esta acción incisiva del Estado en el sector privado, para reconducirlo al interés general, se puede lograr eficazmente por las Administraciones democráticas, sin perjuicio del papel de la norma, mediante el  solo instrumento del contrato, ecto es, de la colaboración voluntaria e interesada de personas privadas en fines públicos. Mediante el instrumento legislativo el Estado modifica la conducta del sector privado en el sentido que demanda el fin público, pero puede resultar más fácil y eficaz en ocasiones, como sucede con los conciertos industriales por ejemplo, estableder -

pactos con los entes privados para que acomoden su actividad al interés general. La obligación legal se sustituye por la obligación contractual en un marco de ventajas recíprocas.(11)

Una mirada al derecho comparado permite hacer la afirmación de que, aún salvando las diferencias esenciales que en el orden jurídico se aprecian, la institución de los contratos del Estado se nos presenta bajo ciertas líneas de coincidencia:

A. La utilización generalizada de la técnica del contrato como instrumento adecuado para el abastecimiento en bienes y servicios de la Administración. Esto es, que la clásica tesis del "contratista interpuesto" conserva todo su valor e incluso se vitaliza con las modernas concepciones sobre el deslinde óptimo entre sector público y privado. La Administración no debe asumir actividades que pueden ser desarrolladas ventajosamente por el sector privado. La técnica del contrato encuentra además un campo de aplicación insospechado en otro tipo de operaciones (conciertos económicos y fiscales, acuerdos urbanísticos, pactos sociales etc.) de interés general.

B. La definición de unos sistemas jurídicos o modos de actuación de los órganos administrativos, coherentes e inspirados en unos principios de buena administración, en materia de celebración de contratos. Todas las legislaciones se ocupan de esta actividad pública con propósitos de uniformidad y procurando el acierto y la pureza de la Administración en los contratos.

C. El principio de publicidad y concurrencia como axioma aconsejable sobre el que se asienta ordinariamente la celebración de aquellos contratos a los cuales estén en condiciones de optar una pluralidad de interesados.

D. La existencia, por vía normativa normalmente de cláusulas tipo o de pliegos racionalizados, de garantías adecuadas

das de cumplimiento que se reserva la Administración para - asegurar los fines del contrato.

La O.C.D.E. tiene en la actualidad en estudio un esquema uniforme para todos los estados miembros, en orden a la - regulación de las "compras gubernamentales", expresión que - se utiliza para los suministros públicos. Este documento -- brindaría una fórmula común por lo que se refiere a los mo-- dos de adjudicación, forma y efectos de estas adquisiciones, con el propósito de favorecer la mutua concurrencia y el li-- bre cambio entre las naciones europeas, sin establecer dis-- criminationes. En el mismo sentido uniformador internacional cabe citar el modelo tipo de contratación pública que aconseja el Banco Mundial a los países prestatarios, basado en el principio de publicidad y concurrencia, adjudicaciones racionales y previa admisión de licitadores. (12)

Todo ello ratifica lo dicho más arriba sobre que la -- institución de los contratos que realizan las Administraciones públicas se nos presentan bajo ciertas líneas de coincidencia.

## 2. Sistemas de contratación del Estado.

Seguimos en este punto a M.A. Flamme en cuyo trabajo "Los contratos de obras públicas de la Administración" hace una acabado exposición de los distintos sistemas que adoptan los ordenamientos europeos de cuyo trabajo es posible deducir los grupos que a continuación se explican. También se ha tenido la oportunidad de examinar la legislación positiva de diversos países y el sistema tipo de contratación de obras, servicios y suministros que el Banco Mundial y O.C.D.E. aconsejan a sus países miembros aludidos. (13)

El estudio de estos documentos permite, por otra parte, dibujar a grandes rasgos tres sistemas diferentes en el enfoque de la actividad contractual de las Administraciones.

A. Sistema ingles o de libertad de actuación.

Lo siguen los países influidos por el derecho anglosajón y está caracterizado por la ausencia de procedimientos imperativos que deban cumplir los órganos de la Administración al tiempo de celebrar sus contratos que son, por ende, de libre negociación con los particulares. En este sistema el centro de gravedad se desplaza desde la ordenación jurídica a los precedentes y a las buenas prácticas que deben seguir los funcionarios. A este respecto hace notar M.A. Flamme: "Sin embargo, si no existe ninguna obligación de recurrir a la adjudicación, no se podrá concluir por esto que los agentes públicos gozan en la materia de un poder de apreciación absolutamente discrecional. Estos agentes están sometidos a "prácticas administrativas" muy arraigadas, a las cuales no podrían sustraerse sin exponerse a las críticas de sus superiores jerárquicos o de la opinión pública". Hay una óptima política de los problemas administrativos que no puede olvidarse en los países democráticos.

En el sistema inglés la ausencia de una normativa reguladora se suple por los principios de buena administración a los que debe ser fiel el funcionario y que hacen triunfar en la práctica el mecanismo de los pliegos de condiciones y las reglas de la publicidad y concurrencia en las adjudicaciones.

No es necesario señalar, porque es pura secuela del sistema administrativo británico, que los contratos del Estado se sujetan a las mismas normas y requisitos formales y jurisdiccionales que se aplica a los contratos entre particulares, lo que no excluye el que la Administración por vía de cláusulas incluidas en los pliegos tipo se reserve las facultades necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de lo pactado.

En definitiva, el sistema inglés recuerda a los modos de actuar de las grandes empresas privadas que consiguen en -

sus contratos unos objetivos equivalentes a los que aspira la Administración sin otro apoyo que el de unas gerencias muy profesionales y unas estipulaciones sabiamente negociadas. Todo ello sujeto a unas prácticas racionales y a una amplia fiscalización superior.

B. Sistema alemán o de procedimiento flexible.

La característica de este sistema que inspira el que hacer de numerosas Administraciones (Alemania, Países Bajos, Dinamarca, U.S.A. ....) estriba en que no obstante establecer las legislaciones respectivas una normativa a seguir en materia de celebración de contratos, basada en la publicidad y concurrencia y en los pliegos tipos, los órganos de la Administración gozan de gran libertad para excepcionar el procedimiento por motivos racionales. La flexibilidad y el triunfo de los criterios circunstanciales, en atención a las conveniencias del supuesto concreto y los dictados de la buena administración, son las notas que merece la pena sean recordadas. El procedimiento no es imperativo y se convierte en cauce indicativo.

Este mecanismo menosprecia la eficacia de los reglamentos de contratación que deben cumplirse sin excepción. No -- excluye sin embargo el acierto y la honestidad en el actuar de la Administración siempre que estas decisiones singulares que derogan el procedimiento general aparezcan respaldadas por órganos especializados y responsables sometidos además a una crítica democrática.

También este conjunto de países aceptan como normativa aplicable al contrato del Estado el derecho privado, es decir, el mismo que se aplica a los contratos entre particulares, y corresponde a los Tribunales civiles conocer de las discrepancias que puedan surgir entre la Administración y el contratante privado.



C. Sistema frances o de procedimiento rígido.

Este sistema está caracterizado porque los órganos - de la Administración deben estrictamente sujetarse, salvo contadas excepciones a los procedimientos que en orden a - la adjudicación de contratos establecen las leyes. Consecuentemente el centro de gravedad de la operación contractual se desliza desde la voluntad del órgano a la voluntad de la norma que es la que marca el cauce a seguir.

Se agrupan en este sistema casi todos los países latinos con particularidades jurídicas en cada uno de ellos referentes al alcance de la inobservancia del procedimiento - en el contrato celebrado, al derecho aplicable a los contratos de la Administración y a la jurisdicción competente.

En general la normativa de fondo aplicable es en estos países, si excluimos la solución francesa y española, cuyos Ordenamientos han integrado, por distintas vías, en el derecho administrativo no solo el derecho formal sino también - el material de los contratos del Estado, el derecho privado bajo cuyas premisas se articulan sin un énfasis especial las cláusulas protectoras del interés público, constituyendo un caso típico de esta posición el ~~derecho~~ italiano.

Merece una especial mención el sistema francés que acepta también el derecho privado como trasfondo o sustentáculo de los compromisos del Estado pero que constituye una señaladísima excepción en cuanto, como fruto de una fina elaboración jurisprudencial y científica, ha definido una categoría especial de contratos del Estado, los contratos administrativos, que son aquellos que contienen para mejor servir al interés público estipulaciones excepcionales o "cláusulas exorbitantes" del derecho común, razón por la cual deben ser interpretados y cumplidas en un ambiente jurídico-administrativo.

La utilidad de la doctrina de los contratos administrativos que inventa Francia y que imitan otros países como Por

tugal y España aunque bajo otras directrices, no es otra que la de favorecer un tratamiento jurídico genuino y una comprensión jurisdiccional para aquellos tipos de contratos íntimamente vinculados con el desenvolvimiento de los servicios públicos que no encuentran perfecto acomodo en los métodos liberales y espiritualistas de sus respectivos Códigos civiles. - De aquí que se atribuya en estas naciones a una jurisdicción especial contencioso administrativa el conocimiento de los litigios suscitados con motivo de estos contratos en vez de a los Tribunales ordinarios o civiles que es por lo demás la regla en casi todas las naciones, aferradas a la idea de que los contratos del Estado deben ser contratos como los que celebran los particulares. Conviene meditar sin embargo sobre si buena parte de la maduración de la doctrina de los contratos administrativos no es justamente el fruto de esta revisión judicial, la directa consecuencia de la existencia de una jurisdicción especializada para conocer de los recursos contra los actos de la Administración; en vez de lo contrario, esto es, que la naturaleza del contrato es la que ha justificado el conocimiento por aquella vía jurisdiccional que es lo que a primera vista pudiera pensarse. La observación no está fuera de lugar porque muchos administrativistas clásicos llegaban a caracterizar a los contratos administrativos exclusivamente por su peculiaridad jurisdiccional. (14)

El punto de vista francés caló desde el primer momento en el sistema español. Después de un periodo de ambigüedad - ha cristalizado en la reciente legislación sobre contratos del Estado que ha aportado una superestructura jurídica global a la institución. Los contratos del Estado están normalmente sometidos a un procedimiento rígido en sus etapas de preparación y celebración que queda básicamente inmersa en el derecho administrativo, de tal manera que el derecho común deviene en supletorio y residual. Se consagra la distinción entre contratos administrativos y contratos civiles del Esta

do, según el papel que el derecho común desempeña en la formulación de los efectos del contrato; y la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente para conocer de las cuestiones suscitadas en torno a las competencias, procedimientos y situaciones administrativas y la jurisdicción ordinaria continuará siendo competente para enjuiciar en cuanto a sus efectos aquellos negocios sujetos al derecho civil y mercantil. El teorema francés de las "cláusulas exorbitantes" no opera ordinariamente en los contratos del Estado español porque ha sido precisamente la norma jurídica la que ha institucionalizado estas exorbitancias en el ámbito de los administrativos mediante un proceso de conversión de las estipulaciones habituales de los pliegos en preceptos legislativos -- obligatorios para la Administración y los contratantes privados.

### 3. La relatividad de los sistemas nacionales.

Con referencia a este importante matiz de las exorbitancias del contrato administrativo frente al de derecho privado, el citado autor M.A. Flamme después de analizar someramente las características de aquél en el derecho francés, acaba afirmando "que estas cláusulas --que solamente poderosas razones de interés general extrañas de particular a particular han podido inspirar-- las descubrimos incluso en los países -- en que los contratos de la Administración son pretendidamente regidos por el derecho civil". Como ya se dijo más arriba, con "cláusula exorbitante", con norma imperativa o con estipulación habitual y consentida, todas las Administraciones -- cuidan con particular esmero de que los contratos que celebran se sujeten a unos principios óptimos. Todas las Administraciones públicas velan por el interés público en los contratos que celebran y ni la figura del contrato administrativo ni el sistema unitarista español pueden considerarse indispensables para brindar una explicación satisfactoria al binomio interés público-contrato. (15)

Conviene no olvidar al adentrarse en el estudio de los contratos del Estado que esta institución no debe encararse aisladamente sino en conexión con el modo de ser y de actuar de las distintas Administraciones. Tal vez países como Francia y España, los que ofrecen un panorama más peculiar, hayan enfatizado jurídicamente el tema pues está claro que la mayoría de las naciones lo abordan con mucha más sencillez y con semejante eficacia práctica. Este comentario no conlleva forzosamente crítica porque todas las naciones deben buscar, a veces por los caminos más enrevesados, no las instituciones más perfectas en un plano filosófico sino las más adecuadas a su particular idiosincrasia.

Por otra parte, esta rápida ojeada a los sistemas internacionales ~~que como se dijo más arriba~~ a pesar de su diversidad de enfoque revisten coincidencias esenciales pues la problemática de fondo es lógicamente la misma, esto es, que los contratos del Estado se celebren en las mejores condiciones económicas de cara al mercado y en un marco de garantías aceptables, permite atisbar dos puntos de vista estructurales: o se confía en la capacidad del órgano contratante o se confía en el procedimiento. Si se confía en el órgano es imprescindible concederle amplias facultades de decisión ante las opciones que permite todo planteamiento contractual; esto lleva aparejado un grado notable de especialización y responsabilidad que debe exigirse a la autoridad competente para adjudicar el contrato. Si por el contrario se confía en la virtualidad de los procedimientos el órgano se convierte en mero impulsor de éste, y el éxito de la operación se cifra en el acierto con que se hayan montado las piezas de aquel procedimiento. Hay que superar en este último caso la idea del procedimiento como simple suma de trámites y cortapisas impuestos a un funcionario del que se desconfía. Es necesario poner una extremada atención en el cauce administrativo que se dibuja al objeto de que su rigidez tenga como

contrapartida la seriedad y el éxito de las operaciones administrativas.

El sistema ideal de contratación del Estado tal vez -- sea aquél que sea capaz de combinar en su justa medida la -- existencia de unos procedimientos perfectamente meditados y de unos órganos ejecutivos razonablemente libres y fiscalizados. De esta forma se aunarán los dos factores propiciadores del éxito. Tal vez el mensaje más interesante de las prácticas contractuales administrativas aconsejadas por el Banco Mundial consista en la doble vertiente en la que dirige su -- esfuerzo; por una parte, estimula la formación de unidades -- ejecutivas bien preparadas para la programación, proyección y preparación de las operaciones contractuales y fija unas grandes líneas de procedimiento y de actuación, pero, por otro -- no anula el juicio particularizando, el análisis coyuntural y el enfoque panorámico al tiempo, ciertamente decisivo, de seleccionar al empresario y celebrar el contrato.(16)

### III. SOLUCIONES JURIDICAS BASICAS SOBRE EL CONTRATO DEL ESTADO

#### 1. Ideas generales.

La problemática de los contratos del Estado es, sin -- duda, uno de los capítulos del derecho administrativo que -- más abundante literatura científica ha producido en nuestro país y la suma de cuanto se ha escrito debe reputarse muy va liosa.

Tal vez la causa de este desbordante interés que despierta la materia entre los autores españoles sea justamente el hecho de que nuestro ordenamiento importase y acogiese en su normativa la doctrina del contrato administrativo francés. Su naturaleza híbrida <sup>entre</sup> ~~entre~~ el mero contrato y el acto administrativo, unido todo ello a la silueta difusa del ~~ser~~ servicio público como razón germinal de la institución, ha permitido a los autores barajar tal gama de conceptos, enunciados e hipótesis que el aclaramiento definitivo de la figura

se presenta con su planteamiento tradicional tan difícil como la cuadratura del círculo.

Llama la atención que en otros países donde los contratos de la Administración son ordinariamente contratos de derecho civil los autores dediquen menos atención a su problemática. Véase el Tratado de Derecho Administrativo de ---- Forsthoff que enfoca el tema en pocas páginas y bajo el prisma de los negocios jurídicos bilaterales de la Administra---ción o contratos de derecho público que es cuestión bien diferente a los contratos administrativos; se trata de una contrafigura del contrato privado desplazada plenamente al derecho público. La Administración alemana contrata ordinariamente sujeta al derecho privado y el denominado contrato de derecho público es una figura novedosa a elaborar (convenios urbanísticos, conciertos económicos, acuerdos en el ámbito expropiatorio....) partiendo del negocio jurídico bilateral cuya -mecánica civil se trasplanta al sector público. (17)

Algo semejante sucede en la doctrina italiana y, obviamente, la problemática es cultivadísima por los autores franceses. (18)

Por lo que se refiere a la doctrina española cabe poner de relieve al estudiar en conjunto sus aportaciones, la desmesurada atención que ha venido prestando a los aspectos genéticos solo el fenómeno contractual administrativo, esto es a las peculiaridades de este tipo de negocios, a sus diferencias con los contratos privados, al fundamento de las prerrogativas de la Administración, marginando con frecuencia los dilemas reales que justifican y caracterizan el montaje positivo de esta institución de los contratos del Estado en nuestro país. Hay un conjunto de principios coordinadores de las piezas de la máquina de nuestro sistema sobre los que debería investigarse para procurar homogeneizar lo contractual del Estado y mejorar el derecho positivo que entendemos es función excelsa del jurista científico. No basta con

escrutar el verdadero sentido de las normas para luego construir brillantes hipótesis doctrinales; es aconsejable, por el contrario, actuar también "lege ferenda" y preparar el advenimiento del sistemas positivos más perfeccionados y adaptados a la realidad social, incitando permanentemente al legislador. Es lo cierto, sin embargo, que las inquietudes meramente eruditas, especulativas o científicas, como estilo del jurista investigador, está muy extendida en nuestra patria y no solo en el caso que nos ocupa. Desde nuestro punto de vista a la doctrina científica le incumbe un papel más trascendental: Convertirse en cuasi fuente del derecho creando impulsos dirigidos al legislador. El jurista arranca de la realidad social y de su fecundo casuismo. Aporta su profundidad científica y favorece el advenimiento de un derecho positivo que debe estar en proceso de perfección permanente. (19)

Más grave aún es el comentario que merece la posición de los hacendistas que no obstante las raíces financieras que -- sirven de base legislativa histórica y actual a la configuración del sistema, en cuanto enlaza directamente con la mecánica aplicativa del gasto público y su racional distribución, dedican escasa atención a su estudio. Incluso los hacendistas extranjero como HALLER, en su "política financiera", solo dedican unas cuantas páginas al tema bajo el epígrafe "Racionalidad en la obtención de bienes y servicios", con la única preocupación de que con el "gasto público se logre el contravalor de prestaciones o bienes mayor y lo más barato posible". Esta actitud es más inexplicable aún si se piensa que las regulaciones positivas de los contratos del Estado en nuestra patria y en numerosos países (Francia, Bélgica, Holanda, Uruguay.....) surge en las leyes de Administración y Contabilidad de la Hacienda pública, fruto de una sana preocupación por los intereses del Tesoro y la correcta ejecución del Presupuesto en la actividad económico-administrativa, tan propicia a la arbitrariedad y al error por parte de los agentes de la Administración. Este olvido, es tal vez, seduela de la generalizada actitud de los hacendistas, de dedicar su mejor

entusiasmo a los aspectos tributarios de la Hacienda, con preferencia a los temas internos del gasto público y de la organización y procedimientos financieros del Estado. Merece, por ende, una cita la aportación de Fábregas del Pilar al tema de los contratos en sus comentarios a la Ley de Administración y Contabilidad. (20)

Hechas estas consideraciones vamos a resumir a continuación las conclusiones jurídicas más relevantes que en torno a la problemática de estos negocios ha aportado la doctrina científica con especial preferencia la española:

A. Ningún autor, nacional o extranjero, discute la posibilidad de que el Estado, a través del poder ejecutivo y por medio de los órganos de éste, pueda celebrar contratos con los particulares sujetándose al derecho privado civil y mercantil. GARRIDO FALLA, por ejemplo, lo explica así: "Supuesto que se reconoce a la Administración pública capacidad jurídico-privada, esto es, la posibilidad de figurar como sujeto activo o pasivo en relaciones jurídicas de derecho privado, la conclusión a que se llega es necesariamente la de la posibilidad de que la Administración contrate". Desde nuestro punto de vista, sin embargo, el reconocimiento de capacidad contractual a la Administración debe arrancar del rango de persona jurídica que ostenta el Estado según el propio derecho civil. El derecho administrativo vino en definitiva a confirmar lo que ya el derecho común había aceptado en sus instituciones como pura secuela de la titularidad patrimonial reconocida al ente público.

En efecto, la capacidad contractual del Estado se define en el siglo XIX con ocasión de la atribución a aquél de una propiedad privada estricta y fué la famosa doctrina del Estado-fisco la que sirvió de explicación de esta vertiente privatística de la gestión administrativa. La contrapartida del reconocimiento de derechos civiles al Estado, susceptibles de movilización en el mercado de bienes y servicios,



consistió en exigir al mismo un respeto integral de las - normas comunes en sus negocios, reputándose odiosa toda - prerrogativa. Las reglas del juego deberían ser idénticas para todos como correspondía a una concepción liberal de la vida comunitaria.

B. La problemática de los contratos del Estado surgió cuando los agentes de la Administración celebraron con aauel carácter no solo los de tipo patrimonial sino tambien los que tenían por objeto obras, suministros y la múltiple variedad de servicios vinculados al cumplimiento de sus fi nes competenciales; esto es, cuando la prestación se desvin cula de la gestión del fisco y coincide con los objetivos - que el derecho público asigna a los,órganos administrativos para cuya mejor realización le ha dotado de potestades eje cutivas. El contrato se desliza hacia las actividades de fo mento de la Administración como un útil instrumento.

Hemos visto que este choque entre el contrato privado y las necesidades públicas legitimadoras de las potestades administrativas ostentadas por los órganos, que es la esen- cia de la temática, no presenta en los ordenamientos europeos características metaciviles en cuanto al entramado obligacio nal del negocio. Las Administraciones respetan íntegramente las reglas del juego privatístáy sin desorbitarlas resuel- ven satisfactoriamente los fines públicos; o lo que es lo - mismo que las potestades administrativas y las conveniencias del servicio público operan respetando los derechos subjetivos de los partixulares en los términos previstos en el propio - negocio privado.

Si se piensa que en naciones tan relevantes esto es - suficiente para defender el interés público en los contra- tos del Estado salta la pregunta de por qué en países como el nuestro esto no ha sido históricamente posible, y ha ha- bido que construir un montaje jurídico cada vez más comple-

jo y riguroso que cortapisa simultáneamente las facultades de los órganos y los derechos de los particulares a la búqueda de soluciones más eficaces.

Se exponen a continuación una serie de puntos de reflexión a los que se imputa la conformación de la institución en nuestro país:

a. El concepto excesivamente liberal y espiritualista del contrato en el Código civil español que parece inadecuado cuando se traslada a la Administración de los intereses públicos por autoridades y funcionarios.

b. La notable influencia francesa en la orientación de nuestro régimen administrativo, partidaria casi siempre, de imitar experiencias foráneas que de buscar soluciones -- castizas.

c. La estructura empresarial y económica privada carente de madurez hasta tiempos bien recientes lo que aconseja una actitud de desconfianza ante su eficacia.

d. El esquema orgánico de la Administración pública muy influenciado a su superior nivel ejecutivo por las oscilaciones políticas y, por ende, propicia a los recelos de los administrados.

e. La idea magnificada del interés público que impulsa a una concepción exorbitante del quehacer administrativo en sus relaciones con los administrados, secuela todo ello de una filosofía política exaltadora del Estado y reticente con los derechos individuales.

f. La progresiva socialización del contrato, gracias al instrumento del derecho necesario que corrige las desigualdades de poder de las partes en aquellos negocios de intensa utilización como los arrendamientos.

Las razones expuestas, que han ido influyendo desde distintos ángulos y en sucesivos momentos históricos en la

configuración de la institución habrá ocasión de comentarlas ampliamente, pero es lo cierto que hoy por hoy es ya inconcebible en el Derecho español una vuelta al Código civil como régimen aplicable a toda la gama de contratos del Estado, solución que a estas alturas constituiría un paso atrás jurídico y administrativo. A nuestro modo de ver se ha seguido un camino hacia la autonomía de la institución que es el más adecuado a la idiosincrasia de nuestro ordenamiento y a las necesidades prácticas de nuestros servicios públicos. Desde un punto de vista la prevalencia del Derecho civil en los contratos del Estado es símbolo de equilibrio y de respeto a los derechos individuales; pero la creación de una normativa jurídica peculiar es una vía original a la que no debe renunciarse. (21)

Los autores que han meditado sobre el tema de tratar de dar una explicación jurídica al enfrentamiento de la Administración ejecutiva, poder público o autoridad, con un particular en el seno de un contrato han adoptado diversas posturas. Todos ellos indagan la verdadera naturaleza de los -- contratos del Estado y verifican una ponderación de las particularidades que indefectiblemente se genera cuando un órgano es parte en la relación. Que los contratos que celebran los entes públicos no son idénticos a los que celebran los particulares entre sí es obvio. El dilema consiste en ponderar la trascendencia que en ámbito del negocio, extraído del Derecho civil, tienen las indicadas especialidades.

Las escuelas doctrinales se pueden agrupar en torno a las tres actitudes que se estudian a continuación:

## 2. Doctrina unitaria del contrato civil.

Pone esta tesis de relieve que no cabe admitir otro esquema de contrato que el que regula el derecho privado, cimentado en la libertad del consentimiento, la igualdad de las partes y el respeto a lo convenido. Si el Estado se supe

dita a estas premisas celebrará verdaderos contratos; si por el contrario aparece ante el particular contratante revestido de autoridad y dejando a salvo potestades ejecutivas que puedan incidir eficazmente sobre el compromiso obligacional se habrá esfumado la idea de contrato y nos encontraremos ante una relación jurídica de distinta naturaleza.

Esta solución es extraordinariamente consecuente con la idea pura de contrato según el derecho común y el consenso universal. El Estado para poder contratar tiene que reducir su papel al de simple persona privada como en los tiempos en que imperaba la doctrina del Fisco y se imputaba a aquél una doble personalidad; la personalidad pública manda y ordena pero está incapacitada para contratar. La tan citada opinión de OTTO MAYER es el símbolo de este modo de pensar. (22)

La concepción unitaria del contrato del Estado basada en el derecho civil ha llevado aparejada la calificación terminante de los denominados contratos administrativos como simples variedades del contrato ordinario y la negación del rango contractual a las situaciones jurídicas que más adelante englobamos bajo el enunciado de contratos públicos, calificándolos de meros actos administrativos condicionados.

La opinión de los administrativistas clásicos españoles y de un buen sector de los modernos se puede situar en la línea expuesta. Como se verá en las citas que a continuación se transcriben, extraídas de la obra "Contratos administrativos" de FERNANDEZ DE VELASCO aquellos viejos autores no aceptaban otro contrato del Estado que el contrato civil, pues ni las especialidades derivadas de la jurisdicción competente para conocer, ni las típicas formalidades de los contratos administrativos, ni siquiera su objeto o finalidad, tenían virtualidad para transfigurar la naturaleza de una institución tan respetable. El dilema profundo del tema, la posibili

dad jurídica de armonizar potestad administrativa-contrato civil no entra en el campo de las preocupaciones de nuestros antiguos administrativistas porque en sus concepciones de base liberal resultaba incomprensible tratar de aunar - este binomio para ellos irreconciliable de por sí. (23)

Recogemos a continuación algunas citas interesantes:

A. SANTA MARIA DE PAREDES opinaba que "los contratos de obras y servicios públicos son esencialmente civiles, - aunque, por circunstancias especiales, sometidos a la jurisdicción contenciosa como una necesidad histórica y a reserva de que el adelanto en estas materias haga la excepción innecesaria".

B. ALFARO, estima que "la diferencia entre contratos administrativos y civiles no es científica, y siendo siempre civiles, es evidente que toda cuestión relacionada con su inteligencia, interpretación etc. debe someterse a los - Tribunales ordinarios". A juicio de este autor en todos sus contratos la Administración obra como persona jurídica y no como autoridad, puesto que a nadie puede obligar a contratar con ella.

C. LOSADA, arguye que "en buenos principios jurídicos el acto contractual, aunque sea administrativo, no puede ser acto de poder, sin atentar a su naturaleza jurídica. En su - virtud, la contratación de los servicios públicos debe estar sometida al régimen jurídico de los contratos".

D. ROYO VILLANOVA cree que "la especialidad de los - contratos, sin hacerles perder nunca su carácter civil, consiste precisamente en el objeto, en las obras y servicios - públicos".

E. GASCON Y MARIN considera que en esencia "la índole jurídica de estas relaciones no puede ni debe ser diferente

de las que son reguladas por el Derecho civil".

F. Y finalmente ALCAIA ZANOBA, opina que "la indudable especialidad práctica, que en lo sustantivo y en lo procesal, en la norma, en el procedimiento, en la jurisdicción, separa a los contratos administrativos de los civiles, no llega en el orden doctrinal más allá de diferencias secundarias, que justifican a lo sumo clasificaciones o modalidades dentro de cada contrato, cuyo modelo permanece en las ideas madres y en las realidades deculares del derecho civil".

Como puede observarse el pensamiento de nuestros maestros administrativistas es absolutamente coherente. El influjo de sus enseñanzas ha alcanzado a autores más modernos y ha repercutido decisivamente en nuestra jurisprudencia. En definitiva, para ellos, el contrato del Estado y en particular los administrativos carecen de sustantividad propia y son simples variedades del contrato civil. O, en otras palabras, la Administración ejecutiva no puede realizar contratos salvo que se despoje de sus relevantes atributos.

Por lo que se refiere a la doctrina científica actual cabe afirmar que no ha acabado de aceptar plenamente la hipótesis del contrato administrativo como categoría sustantiva y, no obstante afirmar sus singularidades formales y materiales derivadas de las prerrogativas que por vía de estipulación o norma ostenta la Administración, no se decide a romper el trasfondo civil que solo en última instancia late en la institución.

Recogemos, por ejemplo, la opinión de A. **CARRETERO** - que dice a este respecto: "Nada impide en el estado de derecho que si la Administración puede autolimitarse unilateralmente por medio del precedente, puede surgir una vinculación pactada cuando así convenga al interés público, por medio de relaciones bilaterales cuya íntima estructura sea análoga al contrato civil". Este autor como la mayoría de los administrativistas procuran demostrar que la idea de --

contrato civil no se desvirtúa por el hecho de que la Administración ejecutiva sea parte en el mismo y que lejos de adoptar una actividad paritaria y sumisa ante el contratante privado mantenga íntegra su supremacía. ¿Por que esa razón en no abandonar el esquema civilista? ¿Se piensa tal vez que los derechos individuales quedan mejor protegidos en el articulado genérico de nuestros códigos que en leyes administrativas meditadas particularmente al respecto? (24)

Cabe citar en fin opiniones actuales coincidentes -- con la línea anterior: GARCIA DE ENTERRIA que sienta su conocida tesis de que el contrato administrativo es una modulación del contrato civil, "pero esto no puede querer significar que el contrato objeto del derecho administrativo sea algo radicalmente irreductible al cuadro contractual tradicional del derecho civil y que por consiguiente tenga que tratarse de una institución totalmente singular o independiente". GONZALEZ BLERENGUER puntualiza: "Es en el sentido explicado en el que sostenemos que como institución diversa del contrato civil no existe el contrato administrativo. El llamado contrato administrativo es un contrato civil -- con ciertas matizaciones; matizaciones que aunque solo sean de forma aparecen siempre que contrata la Administración". Esta forma de pensar es compartida por GARRIDO PALLA, PARADA; RETORTILLO y otros profesores y comentaristas. (25)

### 3. Doctrina pluralista del contrato administrativo.

Consiste esta tesis en reconocer que el Estado puede -- contratar bien sujeto al derecho privado o bien sujeto a un status especial de tipo administrativo. En este último caso los contratos que celebra conservan una indudable base civil, pero en atención a incluir un objeto de directo interés público, aparece el negocio envuelto en ciertas excepciones de fondo germinadas en el derecho administrativo. Estos rasgos originales son la secuela de aceptar, como punto de partida, el plano desigual en que se desenvuelve el contrato y de la posibilidad, no obstante, de coordinar las potestades

de la Administración con la balanza de intereses económicos que confluyen en el negocio; la utilidad pública tiene también una faz económica susceptible de encajar con el lucro privado. Fruto de este esfuerzo compondor es la figura -- del contrato administrativo, apreciable joya de la creación jurídica franco-española, dotada de sustantividad jurídica frente al contrato civil del cual no es una simple variedad sino una especie genuina reelaborada en el marco del derecho administrativo.

La doctrina del contrato administrativo es, se ha dicho, de origen francés y elaboración de su Consejo de Estado que tuvo la oportunidad de moldear el concepto gracias a corresponderle en aquel país el conocimiento de los recursos contencioso-administrativo. Se trata, por tanto, de una elaboración casuística y jurisprudencial que ha ido madurando gracias a los constantes trabajos de los juristas franceses sobre la institución. El primer enfoque arranca de la noción del servicio público como causa generadora de la diferenciación pero más tarde se presta atención a otros matices más profundos del contrato administrativo como se verá a continuación.

Debemos citar al jurista francés JEZE como cualificado teórico en la cuestión. Este autor reconoce ciertas analogías entre los contratos administrativos y los civiles -- "pero, añade, esto es solamente una apariencia: en las relaciones de particular a particular no se encuentra un elemento esencial, al servicio público, motivo que da lugar a los contratos administrativos. De aquí que en estos casos no sea necesario aplicar los textos del Código civil sino que las normas se han de atemperar y acomodar a las necesidades del funcionamiento regular y continuo del servicio público". Estas razones fundan el que los contratos administrativos se rijan por reglas especiales distintas a las



aplicables a las relaciones de los particulares entre sí. (26)

Más recientemente la doctrina francesa ha abandonado el núcleo de servicio público en el contrato administrativo, concepto en crisis una vez que la Administración liberal ha dejado paso a la Administración intervencionista - dotada de una mayor riqueza en sus modos de operar en busca de los fines generales, y ha puesto su atención en el dato de las "cláusulas exorbitantes" del derecho civil - que de modo habitual se incluyen legitimamente en los contratos administrativos. La existencia de estas cláusulas que serían ilícitas en un contrato civil entre particulares, encuentran su justificación en la necesidad de asegurar la prestación, la continuidad y la perfección de los servicios públicos; su comprensión e interpretación solo es posible en el ámbito del Derecho administrativo. PEQUINOT es uno de los definidores más relevantes de esta nueva concepción del contrato administrativo que explica magistralmente Laubadère. (27)

El teorema de las "cláusulas exorbitantes" centró a nuestro parecer de modo magnífico la figura del contrato administrativo porque olvida los aspectos jurisdiccionales, formales e incluso los referentes al objeto, que no sacan forzosamente el tema del ámbito civil, y fijan su atención en el peculiar plano en que se desenvuelve - el entramado obligacional Administración-particular. La dialéctica entre lo ilícito civil y lo lícito administrativo deja entrever la existencia de una categoría contractual que no es posible resolver con el derecho común, aunque proporcione lógicamente las raíces de la institución. Las cortapisas que para la libertad de pactos establecen los códigos privados quedan rotas en el ámbito administrativo; lo que no sería contrato válido para el derecho privado lo es en el derecho público. Estamos pues

ante un negocio que no es posible entender barajando solo la preceptiva ordinaria pues el Derecho administrativo lo ha troquelado en otra dimensión.

El primer autor español que comienza a captar la doctrina del contrato administrativo en su versión sustancial es FERNANDEZ DE VELASCO en cuya monografía "Los contratos administrativos" rebate las opiniones de los administrativistas clásicos que, como se ha visto, solo apreciaban diferencias puramente formales en su parangón con los civiles hasta el punto de descartar y mirar recelosamente toda sustantividad. El citado autor asimila la idea de servicio público como factor innovador y como fuente de personalidad. Poco después la jurisprudencia recibe el impacto renovador de la influencia francesa y comienza a hablar por primera vez de la "cláusula exorbitante" como elemento definidor, tesis que posteriormente abandonaría para volver a la de afectación directa del contrato al servicio público que sigue imperando incluso en la legislación positiva. (28)

La promulgación de la reciente legislación de Contratos del Estado con su visión global del contrato en la esfera pública, su formalismo trascendente, el postulado de la desigualdad radical pero jurídicamente equilibrada de las partes, la consagración normativa de las prerrogativas administrativas, el status pupilar del contratante privado y, en fin, la completa definición y elaboración del contrato administrativo y de los contratos privados en el derecho público ha favorecido un giro en la creación doctrinal que comienza a caminar por los derroteros de la sustantividad de esta institución que es el horizonte fructífero de cara a un perfeccionamiento del sistema.

La tesis autonomista del contrato administrativo vá abriéndose paso y podemos citar a este respecto la exposición de VILLAR PALASI y de GASPAR ARIÑO. Este último ha escrito: "No es solo un ingenioso prurito de autonomía si no es, sobre todo, la realidad de un régimen jurídico de efectos en derecho positivo, distinto al civil, lo que -- apoya la afirmación de sustantividad de la figura. Sustantividad que no la hace irreductible ciertamente, al cuadro tradicional del derecho civil sobre cuyo suelo ha crecido, pero sí les dá soluciones propias y peculiares a muchos de sus problemas. Solo desde los principios específicos de la contratación administrativa podrán resolverse con acierto muchas de las cuestiones que el contrato administrativo -- plantea". Añadimos también la opinión de SANTOS BRIZ que atisba una posición autonomista en las siguientes palabras: "Es evidente la distinción en la doctrina y en la práctica jurídica entre contratos civiles y contratos administrativos. Substratum de ambas variedades es el acuerdo de voluntades o consentimiento contractual; las diferencias radican en las modalidades con que se manifiesta, en los fines que persigue y en los sujetos de que dimana. Pero al igual que en la distinción que actualmente se hace entre Derecho público y Derecho privado, no puede decirse que ambos tengan naturaleza contradictoria, pues ambos integran en esencia un ordenamiento contractual unitario y ofrecen múltiples engranajes recíprocos". (29).

Nos parece, con los citados autores, que es mucho más sencillo y práctico para un estudioso acometer el estudio de los contratos administrativos desde el prisma de su singularidad que tratar de explicar, con un darroche de ingenio, tofo el abanico de sus particularidades en el ámbito del derecho común, donde algunas de ellas tendrían cabida pero no todas conjunta y simultá-

neamente. La distinción entre contratos civiles y contratos administrativos exigiría una enumeración de puntos - tan dilatada, formales y materiales, que renunciamos a - realizarla ahora. Solo cuando el Estado acepta íntegramente en un negocio voluntario el papel de parte tal como lo configura el Derecho civil para las personas privadas es-taremos, como su nombre indica, ante un auténtico contra-to civil del Estado. En los demás casos estaremos bien ante un contrato administrativo o ante un contrato público cuyo estudio se realiza en el apartado siguiente.

Cuanto se afirma sobre la sustantividad del contra-to administrativo tiene valor en nuestra patria despues - de la promulgación de la reciente Ley de Contratos del Estado que ha significado un giro en la materia muy notable. Las opiniones que se critican podrían tener cabida en el régimen jurídico anterior de estructura normativa elemental, solo referida a los modos de adjudicación, y con aplicación en bloque del Derecho privado al vínculo negocial. Pero en la actualidad parece indiscutible que los estudios del contrato administrativo deben abandonar las viejas posiciones y avanzar hacia un análisis directo de la figura, parte - integrante de una institución peculiar del derecho administrativo cual es la de los contratos del Estado.

#### 4. Doctrina radical del contrato público.

Parte de la consideración civilista de que el Estado no puede celebrar otros contratos en sentido estricto que aquellos que regula el derecho común y constituye un positivo esfuerzo para dar una explicación a aquellos supues-tos en que interviniendo un consentimiento privado en de-terminadas actuaciones administrativas no pueden calificarse, sin embargo, de contractuales según los códigos pri---

vados .

Se trata de acuerdos entre la Administración y los particulares en orden a un fin público cuya problemática se encaja íntegramente en el derecho público. Los negocios de carácter público constituyen una fauna variadísima coherente en su conjunto por el hecho de que el Estado o, en su caso, la Administración no actúa unilateralmente sino que tiene que contar forzosamente con la voluntad espontáneamente prestada de una persona privada u otro ente público. Cabe citar como negocios de carácter público los tratados internacionales y concordatos, los conciertos económicos, los convenios urbanísticos, los convenios fiscales, los contratos de función pública, la utilización voluntaria de los servicios públicos, etc.

Así como la tesis del contrato administrativo implica una remodelación del contrato civil, la del contrato de derecho público supone una nueva perspectiva de los actos administrativos bilaterales o negocios jurídicos administrativos, cuya eficacia depende del consentimiento voluntariamente prestado por un particular. En ambos casos la Administración actúa revestida de su poder ante el particular que dá su consentimiento, pero la diferencia estriba en que los efectos jurídicos que desencadena el mútuo consenso tienen alcance contractual en un caso y alcance reglado en el otro.

La doctrina del contrato público se puede comprender desde dos puntos de vista:

- a) Como contrato de derecho público. El definidor del teorema, Jellinek, indica: que entre los actos del Estado que crean derechos existen: la disposición, -- (Verfügung), categoría dominante en el Derecho público; el acuerdo (Vereinbarung), común al Derecho público y al Derecho privado, y el contrato (Vertrag), dominante

en Derecho privado. Tanto el acuerdo como el contrato implican una coincidencia de voluntades que produce efectos jurídicos. Contrato es el acuerdo de varias personas para la ejecución o producción de prestaciones; es una unión de voluntades con el fin de lograr la satisfacción de intereses contrapuestos, y, no obstante, congruentes entre sí. Mediante el contrato, el Estado puede utilizar la esfera de libertad del individuo, sin modificar la ordenación existente. Cuando el Estado adquiere un nuevo derecho, sea una potestad simple o calificada, se produce un contrato de Derecho público". Sin embargo Otto Mayer como es sabido mantiene una postura intransigente de cualquier forma de aceptación del contrato en el ámbito del Derecho público. Otros autores como Ferraris y Auriu modelan la figura pero con unos rasgos que se asemejan extraordinariamente a los del contrato administrativo. Finalmente otros como Duguit defienden la unidad de la institución contractual con estas palabras: "De una vez para siempre, importa borrar de la lengua jurídica las expresiones contratos de derecho privado y contrato de derecho público, para hablar simplemente de contrato. (30)

La conceptualización del contrato de derecho público sigue siendo confusa. Recientemente Forsthoff ha dedicado un capítulo de su conocida obra a desentrañar el concepto de contrato público pues estima que "no es pertinente negar carta de naturaleza al contrato dentro del Derecho público" sobre la base de distinguir entre "ejecución de normas, por un lado, y contrato de derecho público, por otro, que son estructuras absolutamente distintas y no pueden confundirse una con otra. La norma está llamada a regular relaciones generales; el contrato trata de dar forma a relaciones in

dividuales y permite la posibilidad de adaptarse a una situación concreta." "Estos contratos no pertenecen al derecho privado. Una vez iniciado el expediente, no -- queda margen alguno para el Derecho civil".(31)

Para acabar de exponer la tesis de este autor conviene añadir algún párrafo: "El contrato de Derecho público en cuanto tal se caracteriza por su referencia a objetos de derecho público". "Al contrato público son aplicables las reglas del derecho público, no las del privado" y, en fin, al plantearse el tema de la vinculación del contrato con el interés público y estudiar la necesidad de que aquél se adapte a éste aclara: -- "La vinculación contractual puede aparecer en contradicción con el interés público. Si en tales casos se atenúa el vínculo contractual en favor de las necesidades públicas ello está perfectamente de acuerdo con la integración del contrato en el Derecho público y con la estructura de la pública Administración. El instituto jurídico que hace posible la disolución del contrato es la cláusula "rebus sic stantibus" que desde antiguo ha sido reconocida tanto en Derecho internacional como en Derecho civil, y que tambien en este otro campo -- muestra su eficiencia".

La construcción del contrato público que realiza Forsthoff llega más lejos que la teoría del contrato administrativo en cuanto a su apartamiento del Derecho - Civil del que solo extrae las ideas generales. Implica una profunda reelaboración de la figura del contrato - en el ámbito del Derecho público como algo por completo ajeno y diferente al contrato civil del Estado que respeta en toda su pureza. No se olvide que la contratación ordinaria para obras y servicios de la Administración alemana se supedita al Derecho civil y se en--

juicia por los Tribunales ordinarios; el contrato público trata de dar explicación a situaciones jurídicas diferentes. El esfuerzo torturante que ha significado para los juristas franceses y españoles la anunciación del contrato administrativo como ente híbrido entre el contrato civil y el acto administrativo, se obvia dando cara decidida a una nueva institución que necesariamente deberemos volver a comentar más adelante.

b) Como acto administrativo condicionado. En esta versión de los contratos públicos se desplaza la idea - desde el esquema contractual al del acto administrativo. El acto administrativo condicionado es una especie de los actos administrativos bilaterales o negocios jurídicos administrativos, pues de esta variada forma se ha denominado por la doctrina.(32)

La mecánica interna del contrato de derecho público tal como ha sido explicada es muy semejante a la del acto administrativo condicionado. Se define éste como - aquél dictado por la Administración en directa aplica--ción de normas, que está destinado a regular las relaciones recíprocas entre aquélla y un particular siempre que esta haya dado su voluntario consentimiento. La diferencia entre contratos administrativos y el acto administrativo condicional la pone bien de relieve Garrido Falla - cuando afirma que la clave del tema está en la certidum-bre y estabilidad de los derechos adquiridos por el particular que, en el caso del acto condicionado, pueden ser modificados por disposiciones ulteriores que afecten a la norma que sirvió de base al propio acto administrativo. Cita como un supuesto tipo el contrato de función pública que se vá adaptando en su día a todos los avatares de la legislación relativa a los funcionarios públicos.

Más complejo es matizar entre contrato público, según la visión de los autores alemanes, y el acto condi-



cional. La esencia de ambos esquemas es idéntica: un -- acuerdo voluntario entre la Administración y un particular con efectos jurídicos predeterminados en el Derecho administrativo. Lo que separa las dos configuraciones -- son cuestiones más de terminología o etiqueta que de aspecto sustancial. De aquí que refundamos ambas situaciones jurídicas bajo el epígrafe general de "contratos públicos considerando como tales los negocios voluntarios entre la Administración y los particulares que, no siendo contratos civiles, mercantiles ni administrativos, crean un status de efecto jurídico recíproco definidos por el Derecho administrativo. (33)

#### IV. CONCEPCION UNITARIA DE LA INSTITUCION.

##### 1. Ideas generales.

Los contratos del Estado constituyen, bajo esta denominación genérica, una polifacética institución de la Administración que debe, sin embargo, ser examinada desde una perspectiva unitaria a pesar de su diversidad.

La cuestión estriba en reducir a una síntesis las tres hipótesis contractuales del Estado que han sido estudiadas --civil, administrativo y público-- y en tratar de indagar cuales son los perfiles comunes alrededor de los cuales giran estos tres tipos llegando a constituir, <sup>si ello es posible</sup> el conjunto una institución autónoma y genuina del Derecho administrativo; partiendo de un concepto genérico de contrato como perteneciente al fondo jurídico común corresponderá al Derecho público dictaminar en última instancia cual de las tres vertientes contractuales es la conveniente en cada caso. Debe analizarse en fin si al barajar esta suma de conceptos diversos y situarlos en torno a un ente público surge de la unión un cuerpo jurídico que pueda reputarse coherente.

Los propósitos que animan el presente trabajo no son extraños ni mucho menos a los autores que han profundizado en el tema. Así GARCIA DE ENTERRÍA, a pesar de negar sustantividad al contrato administrativo explica que éste no debe estudiarse "en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia respecto al contrato civil, como viene pretendiéndose, sino, mucho menos dramáticamente, más sencillamente, inquiriendo cuales son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración en la eterna, permanente, abstracta institución contractual". Quiere ello decir, y esta idea está presente en muchos de los escritores citados, - que lo contractual es una unidad esencial y de esto hay que deducir<sup>que</sup> un enfoque correcto de la institución de los contratos del Estado debe hacerse partiendo de la teoría general del contrato y no de la forma en que éste cristalizó en el derecho civil. (34)

La denominación utilizada para glosar la institución se estima la más comprensiva, de las manejadas por la literatura jurídica porque se refiere el contrato al propio Estado, pues es al ente soberano a quien obligan y vinculan los órganos de la Administración cuando celebran negocios voluntarios. La nomenclatura "Contratos de la Administración" hace alusión subjetiva al poder ejecutivo del Estado que es sólo una parte del mismo y que en definitiva actúa en nombre de aquél, que es quien en verdad ostenta la personalidad jurídica, la titularidad de los fondos públicos involucrados en la operación, las responsabilidades económicas, y es el fundamento en suma de todo el quehacer administrativo. El epígrafe "contrato administrativo" solo acota, según clasificación tradicional, una especie de los contratos del Estado y no incluye los denominado "contratos privados" del mismo. Tam

poco es válida la expresión "contratos públicos" como concepto antagónico al de contratos privados o realizados por los particulares, porque bajo este epígrafe hemos agrupado solo los negocios voluntarios entre la Administración y los particulares que no merecen el calificativo de civiles ni de administrativos. (35)

El presente trabajo significa, por tanto, un esfuerzo para formular la institución de los contratos del Estado como un todo unitario, basada en una génesis o fundamento común y regida por unos principios generales donde caben las excepciones sin que éstos pierdan su virtualidad. Las diferencias que revisten en el derecho positivo la preparación, adjudicación y efectos de los diversos contratos utilizados por los órganos de la Administración no deben empañar la filosofía unitaria que conviene inspire al conjunto. Es más importante lo que une a los distintos tipos de contratos del Estado entre sí que lo que los separa. El tronco común está constituido por la índole de los sujetos intervinientes, por la utilidad de la técnica amplia del contrato en las relaciones jurídico-administrativas, por las formalidades esenciales que deben cumplir en todo caso la formación y manifestación del consentimiento del órgano y, por encima de todo, por la incidencia del interés público personificado por la Administración en el por qué y para qué del negocio. (36)

Es, hasta cierto punto, secundario en la visión que se postula, que el interés público haga aconsejable en determinados tipos de contratos correcciones profundas al esquema obligacional que explica el derecho civil, como en los denominados puntos, mientras que en otros lo acepta de modo parcial, como en los administrativos, o, íntegramente como en los civiles o patrimoniales. Cuando esto último sucede debe pensarse que el sistema

civil es aconsejable o cubre adecuadamente los imperativos del interés público en el contrato, pues si así no acaeciese éste debería doblegarse a aquél. Conclusión harto lógica si se piensa que todo el derecho civil contractual es vestidura normativa de intereses privados ~~en conflicto~~, pero que no tuvo el legislador civil en cuenta el factor de un interés público gravitando en el negocio, para tutelarlos como merece. Es más, cuando el propio Derecho civil contempla al Estado incidiendo en relaciones privadas -propiedad, herencia, compra venta, concurrencia de créditos, etc- no duda en reconocerle un status de prerrogativa. Nos atrevemos a afirmar que si el Derecho civil hubiese contemplado el supuesto del Estado interviniendo en contratos con particulares hubiese establecido a su favor prerrogativas y solemnidades semejantes a las que ha consagrado después el Derecho administrativo.(37)

2. El contrato administrativo como esquema base.

Arrancando de la concepción unitaria de los contratos del Estado puede asegurarse, anticipando ya ideas - que se explayarán más adelante, que la especie de los contratos administrativos, de tanto arraigo en el derecho vigente y derogado de nuestro país, está llamada a generalizarse, hermanarse y confundirse con la idea de contrato del Estado, deviniendo, el contrato civil y público, en figuras residuales. La tesis de los contratos administrativos, equilibrio justo entre contrato civil y acto administrativo bilateral, debe ser un poco el derecho común de los contratos del Estado al lado del cual figurarán las excepciones que por variadas razones deben mantenerse. Si el interés público pragmático, como se ha dicho, es el fundamento último de la institución y las regladas prerrogativas que actúan en los llamados contratos administrativos están justificadas en la defensa de este objetivado interés, sin ruptura de -

las equivalencias económicas, es obvio que el contrato administrativo debe ser la hipótesis general en el actuar de los órganos.

Cuando la Administración actúa en ocasiones sujeta al Derecho privado, normalmente en el ámbito patrimonial y mercantil, jugando en un plano de igualdad jurídica - con el particular, y haciendo aparente dejadez de sus poderes no significa que el interés público motor quede - en suspenso porque, como también se dijo más arriba, lo que sucede es que puede y debe articularse con las posibilidades que brinda el derecho común. Ahora bien, si en algún caso singular el contrato privado del Estado entrase en conflicto con una conveniencia pública dominante, convirtiéndose el compromiso obligacional en obstáculo insuperable con arreglo al juego de acciones civiles, la Administración estaría siempre en condiciones y en el deber de ejercitar el instrumento de la expropiación para rescatar el crédito o el derecho de su acreedor. Quiera ello decir que la figura del contrato privado puro, - con igualdad absoluta de las partes, es radicalmente imposible porque la Administración nunca puede dejar de - ser poder ejecutivo del Estado ni en sus relaciones voluntarias. El Estado es uno y mayestático en todas sus actuaciones cerca de los particulares.

Del mismo modo, el hecho de que determinadas figuras negociales de los contratos del Estado -función pública, conciertos económicos, Deuda pública, subvenciones, lotería, depósitos.....- se asemejen más a situaciones jurídicas reglamentarias, de modo que la voluntad - del particular se adhiere al sistema como simple puesta en marcha de un cuadro de efectos preestablecidos, no - debe tampoco servir de fundamento para apartar este tipo de figuras de la institución. <sup>contractual</sup> Conviene vivamente que

la idea de contrato no se esfume, por la moderación que entraña. Dentro del concepto moderno del contrato son perfectamente admisibles estas situaciones y es bagaje imprescindible para adentrarnos en el ámbito administrativo; dentro de este enfoque amplísimo contractual ha sido posible dar una explicación convincente a otras instituciones -matrimonio, comunidad política, pactos socio-laborales, tratados internacionales....- (otras instituciones) mucho más lejanas del contrato civil. En otras palabras siempre que la postura de supremacía de la Administración no implique coacción a la voluntad del particular, tal como sucede en la relación jurídica obligatoria o acto de autoridad es admisible y aconsejable utilizar la técnica del contrato como explicación profunda del comportamiento de las partes. (38)

### 3. Principios de la institución en el derecho español.

Toda concepción unitaria de un sector jurídico, lo que en definitiva determina la existencia de la institución como tal, requiere la concurrencia de unas premisas sobre las cuales aquélla se asienta y que permite glosar sus distintas partes integrantes. En el campo que nos ocupa el trabajo consiste en procurar resumir en un solo tronco institucional toda la gama de contratos o negocios voluntarios que puede celebrar la Administración en base a unos principios rectores alrededor de los cuales se engarzan las especialidades de cada una de las figuras; algo semejante a lo que sucede en el Código civil que después de sentar unas reglas generales aplicables a todos los contratos se ocupa a continuación de las reglas específicas aplicables a los distintos tipos de negocios.

La institución de los contratos del Estado está basada en tres postulados axiomáticos:

- Para el cumplimiento de sus fines a la Adminis

tración no le basta ni le conviene utilizar el poder coactivo cerca de los particulares y debe realizar con ellos negocios voluntarios que producen derechos y obligaciones para ambas partes.

- La mera presencia de un órgano de la Administración asumiendo en nombre del Estado obligaciones económicas en negocios voluntarios hace aconsejable, por razones de seguridad y acierto en la operación, que la -- preparación, celebración y ejecución de aquéllos se sujete a una gama de requisitos.

- Estos requisitos, de diversa índole según las -- exigencias de cada tipo de contrato, constituyen un todo muy coherente que no encuentra explicación en las -- concepciones civilistas del contrato y debe ser regulado por el derecho administrativo.

Estos tres postulados fluyendo en la realidad viva de la Administración hacen germinar a la institución como categoría sui generis en el marco de la teoría general del contrato. Sucede que en todos estos supuestos de negocios, convenciones o acuerdos existe un mutuo -- consentimiento de las partes intervinientes pero la problemática que suscitan desbordan los estrechos límites del contrato civil. Los requisitos de consentimiento, -- objeto y causa y la rigidez del vínculo tan decisivos en la mentalidad del derecho privado son no solo remodelados en el ámbito de la Administración pública sino que -- además aparecen a su lado una gama de novedosas exigencias, un lujo de situaciones desconocidas en las relaciones entre particulares y un plano de efectos jurídicos -- por completo ajenos a los puros acuerdos civiles.

Se comprenderá ahora el por qué se advertía en -- otro lugar que la temática fundamental de esta institución no se centra en especular sobre si los contratos --

del Estado son o no verdaderos contratos tomando como - modelo, por supuesto, el prototipo civil. Mejor camino es meditar sobre las piezas de la institución que nace utilizando como válido la genérica definición de contrato que luego troquela bajo un cincel movido por los dictados de las necesidades de aquél.

Sin duda de esta filosofía ha partido el Derecho - español vigente, constituido por la Ley de Contratos - del Estado y su Reglamento General, tratando de regular en un solo cuerpo legal toda la normativa de los nego--cios voluntarios de la Administración. Por el contrario el derecho derogado que se limitaba a sentar unas reglas elementales sobre adjudicación de los contratos referen--te a obras y servicios públicos, esto es, los administra--tivos, y fijaba como supletorio al derecho común vino a consagrar una dicotomía en la institución que hacía muy difícil una concepción unitaria y que dió pié para los - enfoques civilistas de contrato administrativo. No solo la imperfección intrínseca de los mecanismos que preveía el derogado capítulo V de la Ley de Administración y Con--tabilidad, sino también su escasez normativa y su aplica--ción paralizante de esta actividad administrativa esen--cialmente dinámica, unido todo ello a la dejación en ma--no de innumerables pl-iegos de condiciones del entramado obligacional de los contratos, fueron razones, sin olvidar otras muchas también importantes, que justificaban sobra--damente un enfoque moderno de los contratos del Estado - basado en el binomio legalidad-eficacia. (39)

De la nueva legislación nos interesa destacar en -- este momento el espíritu que anima a los soportes jurídicos de la institución y que constituyen la nervatura de la teoría general del contrato del Estado:

A. Plenitud de la institución.- Todos los supuestos de contratos y negocios voluntarios de la Administra--



ción quedan sujetos al ámbito de la Ley, de forma directa o subsidiaria y aunque dedique especial atención a al gúnos tipos de contratos y en ocasiones se limite el tex to a simples remisiones a otras normas aplicables.

Lo dicho se deduce de lo previsto de los cuatro pri meros artículos de la L.C.E. que aluden prácticamente a - todos los casos posibles de negocios voluntarios realiza- dos por los órganos de la Administración. Ante la imposi- bilidad de regular en un solo texto la normativa jurídica aplicable a todos los tipos de negocios la Ley fija el ré gimen de cada uno en atención a su peculiaridad y muestra su mayor preocupación por los administrativos. (40)

B. Sustancia contractual de las figuras reguladas.-

Lo que da coherencia al texto es su exclusiva preocupación normativa por las relaciones jurídicas administrativas de "sustancia contractual". Se parte, por ende, de un concepto amplísimo de contrato distinto al civil y quedan fuera de su ámbito solo los actos de autoridad o coacción cerca de - los particulares. Consecuentemente, las tres facetas de la contratación del Estado, civil, administrativa y pública, quedan involucradas por la legislación.

No es posible entrar en esta institución con el es- quema estereotipado del derecho civil. Conviene, por el - contrario, aceptar una idea generosa de contrato más próxi ma a la de negocio jurídico; esto es, "acuerdo de voluntades dirigido a la creación de unos efectos jurídicos". (41)

C. La Ley como razón de su fuerza obligatoria.- La fuerza obligatoria de los contratos del Estado reside en la Ley que autoriza a la Administración a celebrarlos e im pone a sus órganos ejecutivos la obligación de cumplirlos a tenor de los mismos y así lo preceptúan expresamente los artículos 1 y 3 de la L.C.E.

A diferencia de lo que sucede en el mundo privado,

que la posibilidad de obligarse y de asumir responsabilidades se cimenta en la propia personalidad jurídica, en el campo administrativo los agentes del Estado solo vinculan contractualmente a éste en la forma y medida que las leyes lo previenen, por razón de garantía y eficacia en la conquista del interés público. El principio de legalidad queda así afirmado y la actuación discrecional relegada a las áreas concretas que delimita la propia legislación.

Nos hallamos, pues, ante una situación jurídica contractual cuya generación y efectos se sujeta básicamente al Ordenamiento, que no incide solo como límite del consentimiento sino también como condicionante radical de la validez del negocio. Para dar una visión certera de la naturaleza de las obligaciones contractuales del Estado habría que investigar un tipo de obligación legal bilateral de idéntico contenido y efectos a los del contrato. En este sentido, los denominados contratos normados serían la figura más semejante a la estructura genérica de los contratos del Estado si bien la diferencia más profunda estriba en que en éstos, la norma, condiciona no solo los efectos del contrato sino la voluntad contractual misma de la Administración.

La autonomía de la voluntad que es la regla general en el derecho privado se convierte en una discrecionalidad excepcional en el Derecho administrativo ya que en éste fluye la voluntad pública a través de un cauce esencialmente normativo. (42)

D. El procedimiento cauce generador.— El procedimiento administrativo emerge en la institución de los contratos del Estado como una de las piezas clave del sistema que envuelve todo el negocio desde su generación hasta su consumación, y a través del cual se coordinan las voluntades de las partes para la consecución del fin público.

co apetecido. Todo ello es el resultado de devenir el contrato en una modalidad del actuar de la Administración.

Este procedimiento no es mero expediente o trámite; es un instrumento esencial, es algo racional y vivo que - auna las voluntades, que defiende a una parte contra otra, que garantiza la honestidad y el acierto del negocio y que armoniza los intereses en conflicto.

La virtualidad del procedimiento es más o menos intensa según los tipos de contratos y la índole del trámite pero en todo caso el órgano de la Administración actúa más que como titular de la voluntad pública contractual - como impulsor de una serie de actuaciones encadenadas en las cuales ha depositado la Ley una esperanza de correcto proceder administrativo, es decir, de eficacia contractual.

La idea del procedimiento requisito y causa del contrato del Estado es verdaderamente extraña al derecho privado que concibe aquél como un simple acto bilateral de - efectos jurídicos, aunque puedan encontrarse ciertos atisbos en las leyes civiles cuando alude, por ejemplo, a la venta de los bienes del menor o incapacitado. (43)

E. La accidentalidad de los regímenes jurídicos.- La Ley consagra la distinción fundamental entre contratos administrativos y privados del Estado, aceptando con ello la corriente tradicional, si bien eleva a los primeros al rango de arquetipo, y no olvida, en fin, a las múltiples figuras de contratos públicos.

Los regímenes jurídicos aplicables a los contratos son accidentales y admiten, por tanto, una pluralidad de soluciones normativas. Los efectos de los mismos, sin embargo, serán, en todo caso, determinados por las leyes aplicables, las cuales podrán aceptar la libertad de pactos consagrada por el Derecho civil, limitar el alcance de éstos en virtud de preceptos obligatorios para ambas

partes contratantes o regular íntegramente las consecuencias de la declaración de la voluntad privada, en atención siempre al interés público operativo en la clase de negocios a celebrar.

F. La función instrumental del contrato.- Según se ha dicho en otro lugar el contrato del Estado no es un fin en sí mismo, no agota su causa en el equilibrio de -- prestaciones determinadas, sino que todo el negocio se coloca en bloque al servicio de un interés público polifacético y móvil. Este fin es el verdadero fundamento del contrato del Estado, de tal forma que cuando aquél se desconecta de éste debe procederse a su modificación o liquidación, dando lugar al ejercicio de la potestad administrativa "jus variandi" y otras de diverso contenido que pretenden el control del contrato por el órgano que lo celebró (art. 5 L.C.E.) (44)

Las potestades administrativas que la Ley concede - (último inciso del art. 3 L.C.E.) con carácter restrictivo y reglado a los órganos de contratación se encajarán - en el vínculo obligacional sin destruir la sustancia contractual, que no es otra cosa realmente que un equilibrio de las prestaciones o un recíproco respeto de los intereses, según el concepto pragmático que se maneja en el derecho administrativo, frente al sentido voluntarista y de cumplimiento "in natura" que inspira el derecho privado. La prerrogativa administrativa genera, en su caso, una no vación objetiva y no extinta de los derechos del particular contratante. (45)

G. La institución como supraconcepto.- La institución actúa como un supercontrato Administración-administrados, como un gran pacto o esquema, semejante a los convenios colectivos, en cuyo marco nacerán al Derecho los con tratos singulares. El verdadero objeto de la institución no es el cambio de prestaciones y su regulación, sino la

función que la misma desarrolla en la comunidad como ves  
tidura digna y respetable de las relaciones voluntarias  
entre la Administración y los particulares. De aquí que  
al conjunto legislativo de la institución la califiquemos  
de "supercontrato" pues garantiza simultáneamente el in-  
terés público y los derechos individuales.

Si por institución jurídica debemos entender el con-  
junto de normas que inspiradas en unos principios genera-  
les regulan todo un campo concreto de actos y relaciones,  
como algo de entidad diferenciada frente a la pléyade de  
campos colindantes parece que la normativa de los contra-  
tos del Estado merecen este calificativo. Resulta enton-  
ces aconsejable archivar la tesis tradicional que acomete  
el estudio de este capítulo de la Administración como sim-  
ple variante de la civil y como la problemática de una su-  
til distinción, para abrir paso a la perspectiva unitaria  
y sistemática de los contratos del Estado. Los modernos -  
tratados de Derecho Administrativo comienzan ya, aunque -  
de forma tímida y reticente, a enfocar el tema de los con-  
tratos de la Administración en su forma global como un -  
complejo de figuras, y no como el análisis estereotipado  
de la figura del contrato administrativo. (46)

El Derecho civil, o más bien, el fondo jurídico co-  
mún, ha rendido un servicio más al ordenamiento adminis-  
trativo aportando gérmenes jurídicos elementales que arra-  
gan y fructifican despues en el sector público, primero ba-  
jo la forma de excepcionalidades y privilegios y más tar-  
de con el ~~z~~ngo de instituciones autónomas. Este proceso  
transformador de los capítulos civiles en administrativos,  
cuya más rancia conquista es la noción del dominio público  
constituye un dato más del movimiento socializador que in-  
vade a las comunidades políticas occidentales. Los intere-  
ses privados van ~~æ~~diendo posiciones en beneficio del inte-  
rés general y nada más lógico que las vestiduras jurídicas  
de aquellos deban adaptarse a este impulso colectivo que

tutelan los Estados modernos. La acción intervencionista exige la utilización masiva de todos los instrumentos de coordinación y uno de los cuales más útil es el pacto o contrato. La contratación del Estado es, en suma, un caso típico de este proceso de administrativización, ante el recelo de los ciudadanos que, muy influidos por las viejas ideas decimonónicas, consideran mejor defendidos sus derechos en la liberal normativa de los Códigos privados que en seno del Derecho público. Estas ideas deben ser superadas como superada está hoy la radical distinción entre derecho público y derecho privado; no hay más que un solo Ordenamiento en busca del bien común.

El hermanamiento de la Administración con la idea de contrato en el marco del derecho constituye en suma - un hito más en la evolución del régimen administrativo - español con cuyas características básicas es tan consecuente. La Administración española se aleja cada vez más del derecho común pero no cae en la arbitrariedad porque se suple a éste gracias a un sistema jurídico peculiar - que, sin olvidar los justos intereses de los particulares, defiende simultáneamente las conveniencias del interés público. La institucionalización de los contratos - del Estado es el punto final de un proceso histórico, que indudablemente se podrá perfeccionar en varios aspectos - pero que es irreversible en sus líneas fundamentales, salvo modificarla todo el modo de ser de nuestra Administración pública. (47)

## CAPITULO I

### N O T A S

(1) La idea esencial de "Du contrat social" de J.J. ROUSSEAU, que busca establecer el legítimo fundamento de la sociedad política, es descubrir la existencia de un -- contrato tácito entre los hombres, gobernantes y gobernados, en virtud del cual estos renuncian a una parte de sus libertades individuales para que aquéllos defiendan a sus personas/ el resto de sus libertades.

(2) El artículo 1 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 (L.O.E.) define al Estado como "la suprema institución de la comunidad nacional" a la que "incumbe el ejercicio de la soberanía a través de los órganos adecuados"; el artículo 2 establece que "la soberanía nacional es una e indivisible, sin que sea susceptible de delegación ni cesión". Por su parte, el art. 1.254 del C.c. declara que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". He aquí los conceptos legales del Estado y del contrato cuyo conflicto tratamos de desarrollar en este trabajo.

(3) BOQUERA OLIVER, Poder administrativo y contrato. Pág. 31. "La persona con capacidad administrativa y capacidad privada, si contrata, no ejercita poder administrativo y si ejercita poder administrativo, no contrata. Con el empleo de poder administrativo, los efectos jurídicos --por definición-- nacen de la sola voluntad de su titular y son impuestos a su destinatario sin contar con su voluntad. Como falta el acuerdo de voluntades, también por definición, no existe contrato. Ejercitar el poder administrativo y contratar son dos actividades que se oponen; quizá mejor, dos actuaciones siempre paralelas. Poder público y contrato son dos realidades que se excluyen". También entre los hacendistas encontramos defensores de la tesis clásica: DUVERGER, Hacienda pública, Pág. 33. "Es pues el poder de mando de que están investidas, lo que caracteriza a las autoridades públicas... no obstante las autoridades públicas (gobernantes y administradores) pueden también renunciar al uso de sus prerrogativas, abandonar el uso del poder de mando en un campo determinado, y actuar en las mismas condiciones que los particulares por la vía del acuerdo o del contrato".

(4) HERNANDEZ GIL, Derecho de obligaciones. Pág. 239. "La fuerza obligatoria del contrato descansa, en último término, en el poder heterónomo del ordenamiento jurídico que, para alcanzar los fines generales de la justicia, la seguridad y el

orden, requiere una conducta consecuente con las exigencias de la norma al amparo de la cual se contrata. No es tanto - que el contrato, por serlo, tiene una fuerza equivalente a la de la ley, cuanto que la ley despliega también su fuerza respecto del contrato". No obstante, debe matizarse que las leyes remiten muchas veces, especialmente en derecho privado, - al contenido de la voluntad libre y creadora; hay un reenvío en favor de ésta pero por expresa concesión de la norma.

(5) Esta afirmación luce con claridad cuando el contenido del acto es puro reflejo de la norma (actos típicos, actos legítimos....) pero no tanto cuando hay un margen de apreciación libre o discrecional otorgado por la misma norma. Sin embargo la afirmación es válida en términos generales, particularmente si se recuerda el escaso alcance que tiene la equidad en nuestro ordenamiento jurídico, según el artículo 3 C.c. que da toda la primacía a la norma jurídica.

(6) GARCIA DE ENTERRIA. La figura del contrato administrativo. R.A.P. En este conocido trabajo el autor sienta su tesis del contrato administrativo, como ~~modulación~~ modulación del contrato civil. Así en página 112 dice: "En el derecho administrativo como derecho propio de las Administraciones públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propio de tales sujetos particulares. Esta modulación puede ser más o menos amplia. El caso del contrato es, sin duda, uno de éstos....." Ver también ARIÑO, Teoría del equivalente económico. Capítulo VII, núm. 2.- El proceso de autonomía del derecho administrativo- y núm. 3 -Singularización de la figura en el derecho administrativo-.

(7) GARCIA ENTERRIA. Curso de derecho administrativo. Tomo I, pág. 481 y ss. dedicadas a los convenios de la Administración en general. La posición del autor es escéptica - por lo que se refiere a la posibilidad de construir una teoría o doctrina global de los contratos del Estado: " Por otra parte, tal calificación genérica viene a limitarse a poco más que a ofrecer una etiqueta común a un conjunto de figuras institucionales que ineditamente parece preciso diferenciar por su régimen; esa teoría abstracta de la actividad multilateral de la Administración, entendida como teoría de los convenios de la Administración, se reduce de hecho a una delgadísima -capa de "teoría general", que en realidad viene a ser predominantemente descriptiva, puesto que la sustancia institucional verdadera hay que ir necesariamente a buscarla en cada uno de los tipos diferentes aglutinados en el seno de esa etiqueta abstracta." Las razones de este escepticismo son variadas y - de ellas participan numerosos autores que conciben la institución como una simple suma de situaciones jurídicas contractuales heterogéneas. Este es el caso de VILLAR PALASI y ARIÑO. Este último en la presentación de su Teoría.... dice: "Los mismos civilistas -es esta una observación que tengo que agradecer al profesor Hernandez Gil, presidente del Tribunal que



juzgó la tesis doctoral origen de este libro- han desistido ya de construir una teoría general del contrato, pues son tales las peculiaridades que presentan los distintos tipos que más que de "contrat" hay que hablar de "contratos" o "grupos de -contratos", de los que cabe señalar características o notas -comunes, según su objeto o su función social.

Si esto ocurre en derecho civil, con mayor razón es ilu-  
sorio pretender en derecho administrativo la construcción de  
unos dogmas o principios contractuales de uniforme y general  
aplicación a la amplísima gama de contratos que se presentan  
diariamente en la vida administrativa. Muchos de ellos resul-  
tan irreconciliables al sistema normativo establecido en la -  
reciente L.C.E., no obstante su afirmación programática de -  
"dar unidad y cohesión a todos los negocios del Estado".

(8) Sobre un enfoque general del interés público puede  
consultarse GARRIDO FALLA. Tratado, Volúmen I página 372 ss;  
también puede examinarse el juego del interés público actuan-  
do en el seno del contrato en HAURIU, La teoría del riesgo  
imprevisible y los contratos influidos por instituciones so-  
ciales, en Rev. Her. Priv., núm 148, 1926, pag. 4. Más amplia-  
mente en Jurisprudencia Administrativa, cit., tomo III, pág.  
578 y ss. También sobre este problema MEILAN GIL, La cláusula  
de progreso de los servicios públicos, en IEA, Madrid, 1968.

(9) Más adelante se estudiará el contenido del interés  
público que opera en el contrato que para muchos autores, por  
ejemplo ALBI, Los contratos municipales, partiendo del artícu-  
lo 11 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones lo-  
cales el interés público es la causa originaria de todo el fe-  
nómeno contractual del Estado. Pero es importante penetrar en  
el contenido intrínseco de esta categoría.

(10) GARCIA DE ENTERRIA, La figura...., pág. 111.

(11) En la presente época que tanto habla de "pactos  
sociales" para regular los grandes conflictos entre el capi-  
tal y trabajo, entre capital y Estado, etc.... el tema adque-  
re una particular trascendencia. La técnica del contrato se  
convierte en vez de un procedimiento secundario en un instru-  
mento valiosísimo para regular el comportamiento de los indi-  
viduos y grupos sociales. Claro es que este tipo de pacto no  
puede mensurarse con las viejas estructuras civiles; la cau-  
sa será siempre facetas diversas del interés público.

(12) Nos referimos al acuerdo sobre compras guberna-  
mentales que se encuentra actualmente en gestación en el seno  
de la O.C.D.E.; los trabajos se plasman en el documento T.F.D.-  
T.D.-840 y 845. Por lo que se refiere a los esquemas de con-  
tratación del Banco Mundial, el autor de este estudio tuvo -  
oportunidad de conocerlos con motivo de su intervención perso-  
nal en la gestión de un préstamo para inversiones en carrete-

ras y ferrocarriles.

(13) M.A.FLAMME. Los contratos de obras públicas de la Administración. Pág. 13.- Para un estudio más profundo del derecho comparado se aconsejan los siguientes textos. Italia: - CESARE CAMMEO; I contratti della Publica Amministrazione; Firenze 1954; ALDO BARDUSCO. La Struttura dei contratti delle pubbliche Amministrazioni; Milano 1974, Francia: LAUBADERE A. Traite theorique et pratique, PEQUIGNOT, G. Des contrats Administratifs, Paris 1953, ZWAHLEN. Le contrat de Droit Administratif; ALEMANIA: OTTO MAYER, Derecho administrativo aleman; -- FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo; BELgica. M.A. - FLAMME, Les marchés de l'Administration, Bruselas 1955; U.S.A. Highway contracts, Washington 1960; Argentina, BERCAITZ, Teoría general de los Contratos Administrativos, Buenos Aires 1952; etc.

(14) Se deja en el aire el dilema de si la jurisdicción es la causa o el efecto de la distinción entre contratos administrativos y los demas contratos del Estado. Sobre ese interesante tema debe consultarse a PARADA VAZQUEZ. La lucha de las jurisdicciones por la competencia sobre los contratos de la Administración. No parece haber duda sobre que la doble vía jurisdiccional ha ahondado artificiosamente las diferencias entre los contratos del Estado.

(15) Vid. ZWAHLEN. Le contrat de droit administratif.

(16) Se alude de nuevo aquí al esquema de contratación de obras y suministros que recomienda el Banco Mundial a los países miembros del mismo cuando acuden en solicitud de su ayuda financiera. Uno de los puntos que preocupa a los expertos del Banco es que la legislación administrativa interna de los países miembros no contenga unos procedimientos idóneos para la contratación del Estado, razón por la cual imponen los cambios legislativos oportunos. La Orden de 4 de marzo de 1964 (Presidencia), que regula las contrataciones de obras de carretera amparadas por el crédito concertado con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) contiene justamente este conjunto de modificaciones recomendadas por la entidad internacional. Estas normas especiales fueron más tarde absorbidas por la legislación de Contratos del Estado promulgada al año siguiente en forma de Texto articulado.

(17) FORSTHOFF, Tratado..... Pág. 362 y ss. En páginas posteriores se hará una exposición más completa de la teoría del contrato público que roza el autor alemán.

(18) Vid. autores más arriba relacionados a cuya relación habría que añadir JEZEY, Principios generales de Derecho administrativo; HAURIOU, M. La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929, Paris, 1929, 3 tomos.

(19) Por vía de ejemplo citamos: GARCIA DE ENTERRIA, Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa RAP, núm. 10, La figura....., BOQUERA, La selección de contratistas, PARADA, La nueva Ley de Contratos RAP 47. GARCIA TREVIJANO, Principios sobre los contratos de la Administración, .... y otros muchos trabajos que se irán citando a lo largo del presente estudio. Se echa de menos una aportación doctrinal sobre temas específicos de nuestro sistema así como el estudio de alternativas en los procedimientos y la búsqueda de soluciones innovadoras del aparato vigente. Ello no significa de ningún modo, desdeñar el extraordinario valor de la mayoría de los estudios realizados y que han servido de antecedente indiscutible de la vigente legislación de Contratos.

(20) Nos referimos a los comentarios de FABREGAS DEL PILAR a la Ley de Administración y Contabilidad. Como es natural sus comentarios alcanzan al Capítulo V que se ocupa de los contratos para la ejecución de las obras y servicios públicos; en la página 332 comienzan estos comentarios contractuales y merece la pena ser leídos por estar redactados por un funcionario público estrechamente vinculado a las realidades prácticas administrativas. Un carácter parecido tienen las aportaciones de DELGADO MARTIN, E. Apuntes de Derecho económico y de DELGADO Y ARRIAGA, Contratos administrativos de obras y servicios públicos. Madrid 1.883, que escribieron con pleno conocimiento de las situaciones jurídicas que describían en sus textos. Por último debemos citar HEINZ HALLER Política Financiera, que dedica algunas consideraciones al sistema de contratación, pág. 354 y ss. También MAURICE DUVERGER, Instituciones Financieras, alude de pasada a la mecánica contractual del Estado.

(21) Somos de los que creemos que el ordenamiento jurídico administrativo español está necesitado de una reforma en bastantes aspectos, como secuela del cambio de régimen políticos que se avizora. Una Administración pública funcionando en un régimen de porte democrático europeo exige una estructura organico-competencial diferente al de una Administración pública que ha sido pura prolongación de una concepción política autoritaria. Será necesario deslindar los campos de lo político y lo administrativo en materia de personal, procedimiento y resolución de los asuntos. Las garantías individuales deberán ser reforzadas mediante remedios que impidan el hecho administrativo consumado. Muchas de las competencias actualmente del Gobierno deberán traspasarse a órganos administrativos específicos o al poder judicial, según los casos... Sin embargo se estima que el sistema de contratación es en este aspecto bastante neutral y que no debe ser aceptado al socaire de una revisión de nuestro derecho administrativo bajo prismas de orden democrático.

(22) OTTO MAYER, Derecho Administrativo alemán. Es sabido que este autor mantiene en su obra una tesis totalmente contraria a la posibilidad de que el Estado pueda realizar con este carácter contratos con los ciudadanos; solo cuando

el supremo ente se despoja de su poder y actúa como una persona jurídica privada puede realizar auténticos contratos, que deben ser idénticos a los que regula el derecho civil para los individuos. Incluso el expresado autor niega también la posibilidad de la figura del contrato de derecho público, ya que dice no es un verdadero contrato pues en éste "se presupone la igualdad jurídica de las partes que no se da en el derecho público", según cita FERNANDEZ DE VELASCO, Contratos administrativos, pág. 23.

(23) FERNANDEZ DE VELASCO, Los contratos administrativos, Pág. 13 y ss. Las citas que vienen a continuación han sido tomadas de la exposición que hace este autor en su libro citado.

(24) CARRETERO PEREZ, El contrato administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado, RAP 45.

(25) GARCIA DE ENTERRIA, La figura..... Pág. 112 dice: "El caso del contrato es, sin duda, uno de éstos, y entonces el problema no se plantea en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia del contrato administrativo respecto del contrato civil, como viene pretendiéndose sino, mucho menos dramáticamente, más sencillamente, inquiriendo cuales son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración en la eterna, permanente, abstracta institución contractual". GONZALEZ BERENGUER, La contratación administrativa, Pág. 23, "La diferencia, pues, entre contrato administrativo y contrato civil (obsérvese la distinción que constantemente venimos haciendo entre contrato civil y contrato que regula el Código Civil, entendiendo que el primero es una especie de segundo), la diferencia, repetimos, está en que en el caso de contrato civil lo que da el Código es un Derecho supletorio que sólo se aplica en defecto de lo que digan las partes, mientras que en el contrato administrativo las partes (a pesar de la declaración un tanto ingenua contenida en la Ley de Contratos, artículo 10, párrafo primero) solamente pueden decir aquello que expresamente permite la Ley, y esta Ley contienen constantes prevenciones protectoras de la posición de la Administración pública, bien atendiendo a la condición de ésta de ejecutora de interés público, bien atendiendo al principio de desconfianza en el administrador."

(26) JEZE, Les Principes Généraux du Droit Administratif, 3ª edic. tomo III, Ob. cit., tomo II, pags. 306-307: "Para que haya, por consiguiente, contrato administrativo son precisas las condiciones siguientes, a juicio de JEZE:

1.º, Acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular.

2.º Dicho acuerdo ha de proponerse la creación de una obligación jurídica, de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración (en dinero o en otra forma).

3.º La prestación del particular tendrá por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público.

4.º Se sobreentenderá que las partes se propusieron - someterse al régimen especial de Derecho público, porque así lo estipularon, o porque así resulta de la forma en que el -- contrato se otorgó,, o de la especie de cooperación pedida al contratante, o por cualquier otra manifestación de voluntad. La Administración, por una parte, ha querido este régimen especial, y el contratista, por otra, al someterse voluntariamente a este régimen especial, renuncia a servirse de las reglas del Derecho privado para la determinación de su situación jurídica (derechos y obligaciones).

(27) LAUBADERE, Traité Théorique et Practique....., - Pág. 91, (Idées directrices.- Sous la réserve de ce qui vient d'être dit on peut, à notre avis, dégager les idées dominantes suivantes: 1º La notion de clause exorbitante correspond fréquemment à celle de prérogative exorbitante mais serait néanmoins insuffisamment définie par celle-ci; 2º La clause exorbitante n'est pas nécessairement une clause qui serait illicite dans les contrats entre particuliers; elle est quelquefois une clause simplement inhabituelle dans ces contrats; 3º La clause exorbitante est, d'une manière plus générale, celle que fait - appel à un principe ou une règle technique du droit des con-- trats administratifs et porte ainsi la "marque du droit public".

(28) Vid. ARIÑO, El contrato administrativo en el Derecho Español. RISA, 1969, PARADA, Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho Español,....

(29) VILLAR-ARIÑO, Lecciones sobre contratación administrativa, Pag, 40 y ss. ARIÑO, Teoría del equivalente. Pág 208 y ss. SANTOS BRIZ, La contratación privada, Pág. 30 5 y ss.

(30) DUGUIT, Tratado de Derecho constitucional, Pág. 80 "Hablar de contrato de Derecho privado y de Contrato de Derecho público es hablar de cosas inexistentes; no cabe, por lo tanto, oponerlos, como tampoco cabe, por iguales razones, hablar de actos de gestión y de actos de autoridad, oponiéndolos entre sí. Existen contratos realizados por el Estado y actos realizados por él que no lo son. Pero oponer los contratos de Derecho público a los contratos de Derecho privado es dar apariencia jurídica a procedimientos más o menos diestros, utilizados por los detentadores del poder con frecuente intención de sustraerse - a los compromisos contraídos regularmente. De una vez para siempre, importa borrar de la lengua jurídica las expresiones contrato de Derecho privado y contrato de Derecho público, para - hablar simplemente de contrato".

(31) FORSTHOFF. Tratado....., Capítulo 14. El negocio jurídico como forma del obrar administrativo: El contrato de derecho público. Página 372 y ss. "La imposición unilateral

de obligaciones estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva se complementan en cierta medida por medio de aquellos actos jurídicos bilaterales que se dan en forma de contratos, convenios, acuerdos o como se les quiera llamar, todos los cuales tienen de común el emanar de la manifestación de una voluntad coincidente de las partes. De acuerdo con la terminología científica usual y sin entrar en mayores diferenciaciones, los llamaremos a todos ellos contratos de Derecho público". "Creación y ejecución de normas, por un lado, y contrato de Derecho público, por otro, son estructuras absolutamente distintas, que no pueden confundirse una con otra. Cada una de ellas tiene sus características propias y su función peculiar. La norma está llamada a regular relaciones generales; el contrato trata de dar forma a relaciones individuales, y permite la posibilidad de adaptarse a una situación concreta. En eso consiste su ventaja, a la par que su dificultad."

(32) GARRIDO FALLA, Tratado....., Volúmen 2, Página 40. La terminología habitual para la figura que describimos es la de acto-condición, sin embargo nosotros preferimos la de acto condicionado porque pensamos que es más correcto en castellano. Respecto a los actos-condición el expresado autor los define así para diferenciarlos de los contratos de la Administración "Como se recordará, el acto-condición aplica a un supuesto concreto una normativa dictada con carácter general y previo. Esta diferencia de principio tiene, además, unas consecuencias prácticas importantísimas por lo que se refiere al problema de los derechos adquiridos por el particular que se relaciona con la Administración pública: en el caso del contrato, tales derechos tienen un origen contractual, y siendo el contrato - incluso el administrativo, con sus peculiaridades- *lex inter partes*, - resultan ser verdaderos derechos adquiridos, que la Administración no puede desconocer, salvo por el procedimiento de la -- "conversión obligatoria" (expropiación) y con indemnización; en cambio, en el caso del acto-condición, la fuente de los derechos del particular está en la reglamentación previa que se aplica a su caso concreto, con la consiguiente posibilidad de que tal reglamentación sea derogada".

(33) GARCIA DE ENTERRIA. Curso..., Pág. 484 y ss. Puede estudiarse un enfoque de los convenios de la Administración, categoría contractual análoga a la que nosotros calificamos de contrato del Estado, siguiendo la terminología legal, y donde cabrían desde luego ese conjunto de negocios bilaterales administrativos que se agrupan bajo el epígrafe de contratos de derecho público.

(34) GARCIA DE ENTERRIA. La figura.....,

(35) GALLEGU ANABITARTE, Derecho general de organización. Vid. sobre el problema de la personalidad jurídica del Estado que se estudiará ampliamente en el Capítulo siguiente. Por lo

que se refiere al problema terminológico, la doctrina esta lejos todavía de unificar criterios. En general la expresión -- "contrato del Estado" goza de poco favor y se prefieren otras como las de "contratos de la Administración", "convenios de la Administración"....

(36) La concepción unitaria de los contratos de la Administración ha tenido sus defensores en los tratadistas ALBI, Contratos administrativos, Pág. 434 y BALLBE, Derecho administrativo, Tomo 7, pág. 68 y ss. Estos prestigiosos autores llegan al enfoque unitario de los contratos de la Administración partiendo de la consideración de que el interés público es el dato fundamental y el elemento inspirador de todas las peculiaridades de la institución.

(37) Nos remitimos a todos los artículos del Código Civil que regulan la presencia del Estado en situaciones jurídicas - de derecho privado.

(38) Cabría preguntarse el por qué de la afirmación - que se hace sobre la conveniencia de utilizar la técnica del contrato. Esta afirmación resulta particularmente oportuna - para ese conjunto de negocios jurídicos bilaterales Administración-administrados y el ordenamiento jurídico define ambiguamente, como algo intermedio entre la situación jurídica reglamentaria y la situación jurídica contractual. Una figura muy expresiva es la de la acción concertada, cuyo análisis se verá - más adelante.

Vid. SALAS, Acción concertada.... RAP núm. 56; GALLEGO ANABITARTE, Lección magistral sobre la acción concertada. -- Vid. también BENOIT, LAUBADERE....

(39) Hemos excluido de nuestro trabajo intencionadamente todas las referencias históricas. No resistimos sin embargo la tentación de citar aquí el proyecto de Ley de Contratos del Estado, MARCELO AZCARRAGA, 1.900, publicado en la Gaceta de Madrid núm. 331,27 de noviembre de 1.900. Este documento, cuyo "descubrimiento" es un mérito indiscutible que hay que atribuir al Profesor ARIÑO que lo alude y comenta en muchos de sus trabajos, merecería un estudio completo. Nos interesa destacar el concepto amplísimo que tiene de los contratos administrativos y que define su artículo 2: "Son contratos administrativos aquellos en que interviniendo de una parte la Administración general del Estado, las provincias o los municipios, tengan por objeto.....y, en general, todos los que se celebren para satisfacer una necesidad ~~o realizar un fin~~ de interés público general" pero lo más interesante, desde nuestro punto de vista, es el hecho de que el proyecto de Ley no regula solamente las formas de adjudicación sino también los efectos de los contratos y la extinción y liquidación de los mismos; es decir, el derecho material de los contratos del Estado.

(40) Art. 1 L.C.E. "Los contratos que celebre la Administración del Estado con personas naturales o jurídicas se ajustarán a las prescripciones contenidas en la presente Ley y en sus disposiciones reglamentarias." El art. 2 establece el régimen jurídico aplicable a determinados contratos del Estado, como excepción a la regla general, y el art. 4 se ocupa de fijar el régimen de esas dos grandes categorías que son los contratos administrativos y los contratos privados del Estado.

(41) Nos remitimos aquí a la doctrina civil del negocio jurídico que puede ser consultada a través de las aportaciones de CASTRO, CASTAN, FERRARA, BETTI.... Destacamos la Teoría general del negocio jurídico, Pág. 11, de este último autor, donde dice que "el negocio jurídico es fundamentalmente la consecuencia de la función autonómica que el ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos de derecho para generar relaciones jurídicas ya disciplinadas en abstracto y en general por las normas vigentes". Esta función básica que se atribuye al ordenamiento jurídico desmerece el papel de la voluntad, dato que se comentará ampliamente en otro lugar.

(42) Conviene hacer la salvedad desde ahora de la quiebra de la legalidad ante la "lex contractus" salvo el caso de nulidad de pleno Derecho en los términos que en otro lugar se expondrán.

(43) Se alude aquí, por ejemplo, al supuesto que contempla el art. 271 y siguientes C.C. que regulan los trámites a que debe sujetarse la venta de bienes de los menores o incapacitados. Así el art. 271 C.C. establece que el Consejo de familia podrá oír previamente el dictámen de peritos; el art. 272 declara preceptiva la enajenación en pública subasta en la venta de inmuebles; el art. 274 prevé un dictámen de letrado para transigir o comprometer los intereses del menor etc.

(44) Vid. ARIÑO, Equivalente... pag. 223 y ss. También G. LANGROD, Le contrat - instrument d'action des Administrations publiques. (Annales Universitatis Saraviensis)

(45) Con referencia al contrato administrativo que es donde mas trascendencia tiene este tema escribe VILLAR PALASI: "La colisión de facultades administrativas, versus estabilidad contractual produce la necesidad de que la Administración compense, a través del pago del equivalente económico, la perturbación producida en las cláusulas económicas e inmutables" -- (Concesiones administrativas, Seix, pag. 739) A este respecto comenta ARIÑO: "El principio del equivalente económico viene a ser así como el contrapunto necesario, en el orden financiero, a una situación de flexibilidad contractual en el objeto y contenido de las prestaciones. Con él se afirma la inmutabilidad a lo largo de la vida del contrato del equilibrio económico --



inicial, lo cual se conseguirá precisamente mediante el pago del equivalente económico necesario para restablecerlo cuando aquél se haya visto alterado".

(46) Vid. por ejemplo, GARCIA DE ENTERRIA, Curso..... citado.

(47) GARRIDO FALLA, Tratado....., Vol. 1, pág. 90  
"La evolución del Derecho administrativo hasta nuestros días debida en una gran parte a la jurisprudencia del Conseil -- d'Etat, nos ilustra suficientemente de cómo se ha producido este milagro de que la Administración, dejando de ser arbitraría, no haya caído, empero, en las mallas de la ley común. De verdadero prodigio debe ser calificada esta sutilísima labor de dar a cada uno lo suyo --al interés público y al privado-- realizada por la jurisprudencia. El resultado ha sido la construcción de este imponente sistema del Derecho administrativo, informado por principios propios."

C A P I T U L O   I I

LOS ELEMENTOS DE LA INSTITUCION

## C A P I T U L O   I I

### SUMARIO

#### LOS ELEMENTOS DE LA INSTITUCION

#### I.- EL CONTRATO Y LAS SITUACIONES JURIDICAS DE TIPO CONTRACTUAL

##### 1.- Concepción actual del contrato

- A. Carácter abstracto del acuerdo de voluntades
- B. La protección de los intereses
- C. La función social del contrato
- D. La forma como defensora del interés general
- E. La contratación en masa

##### 2.- Las situaciones jurídicas contractuales

- A. La Ley
- B. La voluntad unilateral
- C. La voluntad de un tercero

#### II.- EL ESTADO-PARTE EN LOS CONTRATOS

##### 1.- Naturaleza de la personalidad jurídica del Estado

- A. Carácter representativo de su personalidad
- B. La humanización del Estado

##### 2.- La Administración pública, poder ejecutivo contractual

- A. La Administración pública como órgano del Estado sujeto a Derecho
- B. El derecho de los administrados públicos y el derecho común
- C. Las potestades de los administradores públicos; sus efectos jurídicos
- D. La potestad administrativa contractual

##### 3.- Los órganos de contratación en el Derecho español

- A. Lo político y lo administrativo en la actividad contractual
- B. Órganos de aprobación
- C. Órganos de gestión

#### III.- EL ADMINISTRADO-CONTRATANTE DEL ESTADO

##### 1.- El administrado ante la Administración: posición de colaboración

- A. El derecho del administrado a participar en las tareas de la Administración
- B. La colaboración interesada

##### 2.- La capacidad de obrar del colaborador; requisitos

## CAPITULO II

### LOS ELEMENTOS DE LA INSTITUCION

Ahondar en la institución y comprender el por qué - de sus características exige el exámen por separado de - los tres elementos que la componen: el contrato, el Estado y el particular contratante. Estos tres elementos entran en conexión por obra y gracia de un interés o fin público que provoca la conjunción y que, por su importancia radical estudiaremos en el capítulo siguiente:

Como se verá, la institución es la síntesis de tres aportaciones jurídicas dispares; su normativa participa y aglutina enunciados proporcionados por el derecho civil, - el derecho administrativo y el derecho financiero. Aún cuando la base y el fondo de la institución es de derecho civil, el aparato normativo se refiere a un aspecto de la actividad de la Administración y, por tanto, es derecho administrativo. Pero el interés económico del Estado juega un papel tan relevante que el sistema queda incorporado también al campo de las preocupaciones financieras por cuanto, salvo raras - excepciones, todos los contratos producen ingresos o gastos para el Tesoro.

#### I.- EL CONTRATO Y LAS SITUACIONES JURIDICAS DE TIPO CONTRACTUAL.

##### 1.- Concepción actual del contrato.

Al aproximarse al estudio de los contratos del Estado, hay que aceptar, como fisonomía válida del contrato, los principios que le inspiran en la sociedad moderna. La dificultad estriba en que el concepto de contrato no es un valor inmutable del Derecho y ha ido evolucionando a través de los siglos. Debe aludirse a esta evolución porque ni el contrato revisite hoy el sentido que le infundieron los civilistas clásicos ni el Estado, como se verá más adelante, se asien-

ta ya en la filosofía inhibicionista que nació en el siglo XIX.

Desde nuestro punto de vista el fallo en que han incurrido algunos administrativistas es haberse enfrentado con la institución de los contratos del Estado o, mejor dicho, con el concepto de contrato administrativo llevando como bagaje la idea del contrato civil clásico, respetándola como un cuadro absoluto y permanente. La exaltación del individuo y de sus derechos frente a la comunidad moldeó una figura del contrato tan anacrónica hoy como el concepto de propiedad individualista que dibujaron los romanos. El enfrentamiento del concepto clásico de contrato al concepto también clásico de Estado gendarme es, justamente, la causa de las dificultades enunciativas que ha rodeado a la institución.(1)

En el derecho contractual moderno se han introducido - principios nuevos, a impulsos de la eficacia intrínseca de esta institución en el mundo actual y de las influencias socializadoras que de modo continuo afectan a las comunidades políticas. De la idea liberal y espiritualista del contrato se ha pasado a una configuración abstracta, materialista, práctica y social de la figura:

A. Carácter abstracto del acuerdo de voluntades.-

Como dice Messineo "el contrato moderno, en realidad, no es sino un pacto, es decir, un acuerdo de voluntades, capaz, cualquiera que sea su contenido de dar vida a una obligación". Con esta expresión se recoge escueta pero certeramente el sentido actual del contrato que da todo el énfasis al acuerdo de voluntades y minimiza los requisitos rígidos de validez y las exigencias intrínsecas que caracterizan al sistema cerrado romano de figuras concretas y solemnidades sacramentales. De aquí, añade el autor, que "transformado así en un paradigma general y abstracto, susceptible de acoger un contenido cualquiera, con tal que sea serio y lícito, el contrato muestra su mayor posibilidad de uso y su fecundidad práctica"

Esta concepción amplísima de contrato ha triunfado en casi todas las legislaciones como, por ejemplo, el Código civil alemán. El elemento definidor del contrato se centra justamente en el acuerdo de voluntades dirigido a producir un efecto jurídico vinculante para las partes. Alguna escuela civilista añadirá con acierto la nota patrimonial o económica como contenido de estos efectos, que puede aceptarse siempre que no se convierta en requisito consustancial y generalizado de la figura. Casi todos los contratos tienen, en efecto, trascendencia patrimonial pero en muchas ocasiones la causa directa de la emisión de voluntad debe buscarse en el ámbito de otras motivaciones, familiares, afectivas, sociales, éticas y de seguridad o conveniencia personal. Radicalizar la importancia de la base económica ~~estando~~ como negar la utilización de la técnica contractual fuera de las relaciones patrimoniales directas.

El carácter abstracto y genérico del contrato recibe su consagración definitiva con la doctrina del negocio jurídico obra de los civilistas alemanes, que implica una óptica de amplio angular en el tratamiento de la voluntad humana como motora de situaciones jurídicas diferenciadas. La tesis del contrato civil clásico ha quedado desbordada por la nueva configuración mucho más flexible y útil en el tratamiento de las relaciones humanas. Las materias y el ámbito de los negocios jurídicos alcanzan a todos los estratos del ordenamiento y a todas las vinculaciones que puedan establecer entre sí los individuos. (3)

No puede extrañar entonces que los propios juristas alemanes, cuando se enfrentan con los contratos del Estado, utilicen preferentemente la técnica de los negocios jurídicos bilaterales más que la estrictamente contractual. Posición a la que nos adherimos porque si, como se ha dicho, hay que arrancar de un concepto amplio de contrato en vez del estereotipado civil, estamos implícitamente en el mundo del negocio jurídico.

B) La protección de los intereses.

Es la concepción del contrato como acuerdo de intereses contrapuestos, cuyo primer definidor fué Jellinek. Pone de relieve esta posición que ese acuerdo de voluntades se coloca al servicio de unos intereses individuales, ordinariamente económicos, que deben satisfacerse mutuamente mediante el instrumento contractual; formulación razonable - porque antes de que se manifieste el consentimiento preexiste el interés individual que la moviliza y la proyecta hacia la otra parte contratante.

La doctrina del contrato como <sup>acto</sup> conciliador de intereses contrapuestos es un severo correctivo para el papel de la voluntad que comparte de este modo un primer plano. Supone el triunfo de las motivaciones objetivas de las partes sobre la actitud exterior volitiva y las consecuencias jurídicas que acarrea son:

a. El acuerdo de voluntades es el elemento básico pero no es el substrato único del contrato. El hombre, en la sociedad moderna, es sobre todo un núcleo activo de intereses y, por ende, el contrato, aunque se perfecciona por el acuerdo de voluntad, nace objetivamente cuando los intereses que fluyen en las relaciones se buscan entre sí para su mútua satisfacción.

b. El contrato debe establecer entre las partes un equilibrio justo y recíproco de estos intereses. El contrato es equivalencia, bilateralidad, "do ut das". Todo lo que rompa esta armonía debe ser repudiado de la órbita contractual. (4)

Secuela de la doctrina del interés es que en la contratación moderna se nos presenta el consentimiento en el tráfico como un acto nimio, irrelevante y automático - cuando el trasfondo de los intereses legítimos quedan sa-

tisfechos en la operación. La contratación en masa típica de los transportes, utilización de servicios públicos, las ventas a través de máquinas automáticas, etc. son expresivos ejemplos de contratos de resultado práctico y de efímera intervención de la voluntad.

c. La doctrina expuesta se completa con aquella - otra que, inspirada en la vieja "cláusula rebus sic stantibus" acentúa cada vez más los elementos éticos durante el desarrollo de los contratos, admitiendo procedimientos o recursos que faciliten la modificación e incluso - la resolución de lo convenido cuando cambien de forma - sustancial las condiciones que presidieron su perfección y sobrevenga lesión económica injusta para una de las - partes. La modificación de contratos ya perfeccionados - es un ataque directo al "pacta sunt servanda" y una claudicación más ante la teoría del respeto al interés. (5)

No es justo que una persona, so pretexto de un convenio de buena fé, se enriquezca injustamente a costa del patrimonio de otra. Si al nacer el contrato hubo equilibrio de intereses: equivalencia económica, debe esta balanza mantenerse, si no hay culpa de las partes, hasta la - extinción de las recíprocas relaciones. Esta moderación - del rigor de los compromisos por fundamentos de equidad - ha tenido manifestaciones legislativas diversas según - los países y circunstancias.

C) La función social del contrato. Otro principio de la contratación actual lo ha traído de la mano el explicado sentido económico o práctico del contrato. Si en el contrato hay intereses contrapuestos, conflicto económico, - y el Estado es el gran ordenador de todos los intereses privados para encauzarlos hacia el bien común, parece - justificado que incida jurídicamente en la propia esfera contractual.



El derecho de los contratos, según la concepción liberal decimonónica pertenecía de modo dominante al "jus dispositivo", es decir, consistía en un cuadro jurídico de fondo que se doblegaba en favor de la autonomía de la voluntad. Los Códigos civiles se limitaron a consagrar por el rango de "jus cogens" los requisitos esenciales del contrato, sus formalidades en determinados casos y algunos otros aspectos que por afectar a los cimientos mismos de la institución no eran derogables por las partes. Pero el bloque de derechos y obligaciones previstos por los cuerpos civiles para las diversas figuras contractuales que tipificaban tenía una fuerza puramente supletoria o interpretativa de lo pactado en un contrato singular. De aquí que el Estado liberal adopta se una postura inhibicionista, reputando a la institución como algo del sector privado donde solo intereses de esta índole estaban en juego.

Frente a esta tesis, atendiendo el Estado a insoslayables razones sociales y económicas, se ha producido en la actualidad una invasión del derecho necesario u obligatorio a costa del terreno que antes poseía la libertad individual. Esta situación ha convergido de un modo especial en los diversos tipos de arrendamiento de inmuebles y servicios. (6)

Lo que ha pretendido con ello el Estado es, recordemos la teoría del interés, que no quiebre la armonía de los intereses implicados en las figuras arrendaticias -- y de frecuente utilización porque esta ruptura puede -- perjudicar los fines sociales y económicos comunes. El Estado protege los intereses mediante normas obligatorias de una u otra parte del contrato, normalmente de aquélla cuya voluntad es más débil para influir en las condiciones, pero lo que está protegiendo realmente es la paz social y el interés común. La tutela del interés común aca

resea la tutela de los intereses individuales en el seno de variadas figuras contractuales de honda repercusión comunitaria.

D) La forma como defensora del interés general. Otra -- nota que ha puesto de relieve la moderna contratación es la necesidad de superar, sobre todo en los negocios de -- naturaleza o cuantía trascendente, los principios espi-- ritualistas que inspiraron los antiguos códigos en los cua-- les se relegaba la forma escrita, como regla general, a simple prueba de las obligaciones contraídas. Pues bien, como decíamos en otro lugar "este sistema liberal y espi-- ritualista del Código civil para el otorgamiento nada me-- nos que del precioso don de la protección jurídica de los acuerdos entre personas, al lado de sus indudables valo-- res, por el respeto que implica para la voluntad indivi-- dual, encierra como indica Castán: "indudables peligros -- para los intereses de los terceros, la seguridad del trá-- fico jurídico y la seriedad del consentimiento prestado". Estas razones han justificado severos correctivos a la -- libre voluntad en los negocios jurídicos de interés so-- cial o público (contratos de trabajo, arrendamientos, admi-- nistrativos, etc.) y el que los modernos ordenamientos co-- mo el Código civil alemán, hayan adoptado la forma escri-- ta como requisito esencial de validez". (7)

Cabe completar la idea afirmando que muchas de las co-- rruptelas fiscales y jurídicas, que presenta en la actua-- lidad nuestra deformada contratación privada son debidas a la benevolencia de nuestro Código que debería en el fu-- turo exigir documento escrito, e incluso escritura públi-- ca como requisito esencial de validez para determinados -- pactos y convenios. Se trata de un correctivo al libre -- juego de la voluntad, fuente del contrato, ampliamente -- justificado en el servicio al interés general.

E) La contratación en masa. No se haria un enfoque completo del contrato en su sentido actual si no se aludie se a un grupo de figuras nuevas que han aparecido en el seno mismo del Derecho privado y que implican también una severa limitación de la voluntad contractual, en este caso, sin que lo justifiquen imperativos éticos o sociales sino fundamentos de racionalidad y de eficacia. Nos referimos a los contratos de adhesión, contratos colectivos, contratos tipo, contratos por condiciones generales y otros negocios análogos.

En toda esta gama contractual la libertad de una de las partes queda reducida aún a un acto humano mínimo y practico: o acepta en bloque el esquema obligacional -- elaborado por la otra parte sin alterar ninguna de sus condiciones ó renuncia a la prestación que le interesa. De esta forma se esfuma uno de los aspectos más esenciales del contrato cual es que los derechos y obligaciones se establezcan de mutuo acuerdo y previa negociación. (8)

Este tipo de contratos viene impuesto por la necesidad de racionalizar el tráfico de bienes y servicios en el mercado, que reitera indefinidamente determinadas figuras, y razones obvias de eficacia abundan en favor de que la negociación sea un acto rápido y simplificado. Cuando la postura dogmática de una de las partes presiona excesivamente la libertad individual de la otra, interviene el Estado bajo la forma de facultades administrativas reconocidas por las Leyes, en orden a la aprobación de las condiciones generales o del precio de los contratos. La desigualdad de las partes y el peligro de fraude se moderan gracias a la función del derecho.

En suma, los principios que inspiran la contratación privada moderna, esto es, el acuerdo de voluntad como elemento base, el respeto al interés de las partes a costa del libre juego de la voluntad, la transcenden-

cia social del conflicto de intereses en el contrato, las formas contractuales en defensa del interés general y las peculiaridades de la contratación en masa, son un precioso antecedente para comprender las directrices de la actividad contractual del Estado, cuyos negocios voluntarios son - auténticos símbolos de las nuevas orientaciones.

La esencia del contrato, según las tendencias modernas, es la negociación económica que subyace entre las partes basada en una igualdad de poder jurídico. Cuando esta - posición igualitaria de las partes se rompe y una de ellas, como sucede en los contratos del Estado, ejerce un predominio sobre la otra en la celebración o ejecución del convenio esta desigualdad debe ser compensada. "Para que la -- igualdad de las partes, indica Puig Peña, sea un hecho, no pueden quedar sometidos a unas mismas normas los contratantes que disponen de distinto poder de negociación. Solo -- cierta equiparación entre el poder de negociación que, de hecho, concurre entre una y otra parte permitirá que el resultado pueda ser rectamente calificado como una expresión de la autonomía de la voluntad". Corresponde, pues, a la - norma positiva la delicada misión de restablecer un equilibrio de poderes que haga posible el contrato; de lo que se trata es de constituir vinculaciones económicas entre los individuos capaces de "satisfacer de manera justa y equilibrada las necesidades de una y otra parte contratantes valoradas desde el punto de vista social". (9)

La reciprocidad contractual no debe ser meramente formal sino razonable y de hecho.

2. Las situaciones jurídicas contractuales. - El fin de la institución contractual en todas las comunidades no es otro que posibilitar la creación de situaciones jurídicas obligatorias entre los individuos que sirva de cauce y protección a la dinámica de sus intereses. La creación de estas situaciones vinculantes para las partes se confía, -

por la vía del contrato, a la voluntad conjugada de las mismas y en base a las nociones de libertad y propiedad individual que constituyen antecedente y soporte imprescindible de la institución. Para que exista la figura del contrato es hecho condicionante una comunidad de hombres libres titulares de un patrimonio privativo de bienes o servicios.

El nacimiento de la situación jurídica obligacional recíproca, es, un mérito que el Derecho civil reconoce al mutuo consentimiento de los individuos y su alcance fundamental es el nacimiento de los lazos obligacionales que tienen "fuerza de ley entre las partes" como indica el artículo 1.091 de nuestro Código civil, dando el máximo énfasis con estas palabras a la índole coactiva del cumplimiento de lo prometido.

Ahora bien, al lado de esta modalidad ordinaria de situaciones jurídicas obligacionales nacidas del pacto o de la convención, conviene llamar la atención acerca de otras formas de nacimiento de las mismas. Las características de la situación jurídica es análoga a la contractual pero su origen, como se verá, es diferente: (10)

A. La Ley. Aludimos a aquellos supuestos en que la Ley incide en el marco contractual privado no limitándose solo a regular con carácter imperativo un tipo de relación jurídica determinada, a cuya normativa se deberán sujetar las personas que se propongan constituir esta clase de relaciones, sino que modifica situaciones jurídicas contractuales ya establecidas variando el alcance de los derechos y obligaciones previstos en los respectivos contratos. La Ley general abroga la Ley singular del contrato: la legislación de Arrendamientos rústicos y urbanos es un caso típico de cuanto se afirma.

En todos estos supuestos la situación jurídica obligacional no nace del mútuo consentimiento, como prevé el Código civil, sino de la fuerza creadora unilateral de la ley, regulando ex-novo los derechos y obligaciones de las partes de un contrato preexistente. Como se dijo en otro lugar, la presencia de un interés público en un grupo de contratos, su alcance social, justifica el que el legislador remodele el alcance de compromisos celebrados.

B. La voluntad unilateral. Otra forma de creación de situaciones jurídicas análogas a las contractuales la constituye la voluntad unilateral manifestada por una sola persona en forma de promesa seria o de concurso público. Tampoco en este supuesto el mútuo consentimiento, el cruce de dos voluntades, es el origen de un vínculo recíproco.

Como es sabido la problemática de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones es un tema muy discutido por los civilistas. Hay autores que defienden el teorema y otros que rechazan la hipótesis en estudio. Otro tanto sucede en las legislaciones positivas que admiten la figura solo en casos concretos y determinados. En el Código civil no hay base, como indica Castán, para aceptarla o rechazarla.

"La posición hoy dominante, señala el prestigiado autor, parece rechazar, en tésis general, la fuerza obligatoria de la voluntad unilateral, pero la admite excepcionalmente y precisa que, entre los varios casos que se citan y que, por lo común, admiten otras explicaciones, - la más probable e importante, por ser constantes en la práctica, son los de promesa pública de recompensa y concurso con premio". La jurisprudencia marca un sentido favorable a la figura en parecidos términos.(11)

El dato que caracteriza a los supuestos generalmente admitidos de creación de obligaciones por la voluntad

unilateral, obsérvese, son aquellos en que el agente se dirige, aceptando las premisas de la publicidad y de la concurrencia, a contratantes potenciales indeterminados. La persona actuante verifica una oferta de contrato a una comunidad de interesados que se ven incitados a su vez a actuar, fuera de su propia iniciativa, razón por la cual es oportuno responsabilizar al autor de aquélla con las consecuencias de su actuación. (12)

C. La voluntad de un tercero. Finalmente hay situaciones en que bien por imperio de la Ley o del pacto, resulta que la decisión de un tercero ajeno a la relación es el que ostenta voluntad decisoria para vitalizar o conformar una situación jurídica de tipo contractual.

Por lo que se refiere a los casos contemplados por la Ley cabe citar todos aquellos en los que una persona no puede celebrar contratos sin la autorización de otra. Re--cuérdense las autorizaciones que debe dar el consejo de familia al tutor para determinados actos; el padre a los menores emancipados, los conyuges entre sí, etc. En todos estos supuestos el consentimiento de las partes intervinientes en el negocio es insuficiente para dar vida a la situación jurídica contractual que nace, en suma, de la decisión libre y constitutiva del tercero facultado por la Ley para emitir la autorización o aprobación. (13)

Tambien el pacto o estipulación puede ser instrumento adecuado para la concesión a un tercero de facultades en orden a la creación o modificación de situaciones jurídicas obligacionales. Es el caso, por ejemplo, de la fun--ción encomendada en algunos contratos a peritos, árbitrosy amigables compondores, para resolver dudas o discrepancias surgidas al tiempo del cumplimiento de la prestación principal convenida. La voluntad de un tercero afecta al entramado obligacional que había sido establecido a priori

por las partes.

En la misma línea expuesta podría incluso citarse - la sentencia judicial como fuente de situaciones jurídi--cas obligacionales recíprocas.

Lo que se quiere poner de relieve al profundizar en este epígrafe sobre el origen de las situaciones jurídi--cas de tipo contractual es que el nacimiento de las mis--mas a la vida del derecho no se produce, aún cuando un estudio somero pudiera darlo a entender así, a consecuencia exclusiva de los pactos voluntarios entre los individuos amparados en los liberales principios de los códigos privados. La situación jurídica contractual, en sentido amplio, es una relación de interdependencia entre dos personas, un - bloque recíproco de derechos y obligaciones económicos entre dos individuos, un vínculo coactivo que exige un cum--plimiento bilateral, que puede llegar a nacer entre dos - individuos sin necesidad del consentimiento coincidente - de las mismas.

Es decir, que aún cuando el origen más normal u or--dinario de las situaciones jurídicas contractuales es el propio contrato, esquemas de naturaleza análoga e idénti--cos efectos surgen entre los sujetos activo y pasivo como secuela de un mandato legal, la voluntad dominante de una sola persona o la decisión de un tercero. Esta idea nps - será de suma utilidad para comprender la mecánica de naci--miento de los contratos del Estado cuyo origen no es tan--to el mútuo consentimiento como la voluntad del órgano dotado de poder jurídico; la situación jurídica contractual nace a la vida del Derecho fruto de unas fuerzas diferen--tes a las del mero consentimiento.

Las dos ideas esenciales, en fin, que hay que recor--dar de la institución contractual cuando se encara con el ente público supremo son el enfoque abstracto, materia--



lista y social que caracteriza a aquélla en la sociedad moderna y, en segundo lugar, la posibilidad en el seno del derecho de que otras fuentes distintas del convenio puedan crear situaciones jurídicas obligacionales entre las personas equivalentes a las del contrato.

## II.- EL ESTADO. PARTE EN LOS CONTRATOS

### 1.- Naturaleza de la personalidad jurídica de España.

Cuando el Estado, a través de la Administración pública, utiliza la técnica contractual para el cumplimiento de sus fines, contrae obligaciones y adquiere derechos -- frente a una persona privada, el administrado-colaborador. Para llegar a este resultado el Estado adopta, en fin, el papel de parte en el contrato, activa y pasivamente, y para ser parte en un contrato es necesario, según el derecho -- común, ser sujeto de derecho, persona natural o jurídica -- dotada de capacidad de obligarse. La cuestión se centra en indagar desde qué perspectiva es posible calificar al Estado como persona jurídica capaz de relaciones contractuales y qué dinámica interna se produce en el ente público hasta que aflora el vínculo contraído por el órgano competente de la Administración.

#### A. Carácter representativo de su personalidad.

Debe hacerse notar que no ha repugnado desde el punto de vista jurídico que el Estado, suma de todas los poderes públicos, pueda ser parte de un contrato. Para justificarlo se ha argumentado con ~~ex~~cesiva unanimidad, particularmente por los administrativistas, que el Estado es también persona jurídica. En otros tiempos se habló incluso de una doble personalidad pública y privada, para explicar el comportamiento de aquél en el ejercicio del poder y en las relaciones contractuales, respectivamente, con apoyo en la doctrina que distingue los actos de autoridad y los actos de gestión. (14)

La personificación del Estado debe ser, no obstante,

matizada con algunas consideraciones. El derecho de la personalidad es una elaboración genuina del Derecho civil y - éste, conviene recordar, no ha reconocido explícitamente, - al menos en el Código civil español, personalidad jurídica al Estado; esto parece indicar que en el pensamiento de - nuestros civilistas codificadores el Estado era ante todo organización pública, poder soberano, y la presencia que - el ente supremo tenía fatalmente en determinadas instituciones (propiedad, herencia, etc) no significaba de por sí una atribución de personalidad jurídica análoga a la de las auténticas personas privadas. De aquí que nuestro Código civil, que no cita expresamente al Estado cuando enumera en - el artículo 25 las distintas personas jurídicas, le reconoce habilitación civil cuando regula las figuras del Estado propietario, del Estado heredero, del Estado vendedor, de sus bienes, del Estado titular de créditos personales, etc. Ahora bien, el hecho de que el Código acepte que el Estado funcione en algunas instituciones como sujeto de derecho nada prejuzga que lo sea realmente; se trata simplemente de dar regulación a su presencia indiscutible en determinados actos y negocios jurídicos.

El Derecho civil además dejaba en pie un tema fundamental: si el Estado cuando actúa en relaciones privadas es - persona jurídica autónoma o persona jurídica representativa, esto es, si es posible configurar al ente público como una noción diferente a los individuos que integran la comunidad y, por ende, con voluntad e intereses desprendidos - de éstos, lógica secuela de la doctrina inconcusa de la - personalidad jurídica estatal.

Frente a esta hipótesis cabe afirmar que el Estado - es por encima de cualquier concepción civil el supremo poder nacional, pero poder delegado de la comunidad; si se ha dicho, y con razón, que la teoría de las personas jurídicas o morales es una simple estrategia de los legislado-

res para dar una vestidura unitaria a la movilización de intereses comunes de un conjunto de personas individuales, no hay supuesto más cabal que el que simboliza el Estado. Nos hallamos pues, ante el extraño fenómeno de personificación de la organización política establecida por la comunidad para representar y defender los intereses generales de los ciudadanos. La convicción de que los intereses públicos, al igual que los estrictamente privados, son parte integrante del patrimonio de los individuos es esencial para comprender la tésis que se esboza. Conviene tener clara la idea de que el Estado no es el titular de los intereses públicos sino solo su representante y defensor.(15)

En efecto, no cabe admitir otra sublimación jurídica del Estado que partiendo y respetando la sustancia política que justifica la institución. Para promover los intereses públicos, las comunidades humanas se han estructurado en un mosaico de grupos étnicos homogéneos asentados en territorios delimitados. Después de un largo proceso histórico que no es el caso detallar estas comunidades han encontrado en la fórmula del Estado democrático la organización más justa para la defensa de aquellos intereses. El valor de este trascendental hallazgo estriba en la plena identificación que supone de la estructura orgánica pública con el ser mismo de la comunidad a la que sirve y de la que obtiene su legitimidad y su autoridad. El poder de actuación de los órganos del Estado no es otro, en definitiva, que el poder que le han conferido los individuos a costa de su libertad, para impulsar a la comunidad hacia las metas del bien común. Estamos, por tanto, ante un mandato, expresado y tácitamente consentido por los individuos, al cual deberá sujetarse toda la organización global pública rectora, es decir, todo el montaje de órganos, normas y procedimientos que la integran.(16)

Duguit hace, a este respecto, atinadas consideraciones

sobre el ser del Estado que básicamente suscribimos. "El Estado, dice, no debe ser considerado como una persona moral, pues no tiene existencia real. Solo existen gobernantes y gobernados; los primeros se distinguen de los segundos únicamente porque son más fuertes. De aquí resulta que la voluntad de los gobernantes no tiene por sí misma más valor que la de los gobernados y, si produce mayores efectos es porque es conforme a una regla de derecho que estos efectos se produzcan" y en otro lugar añade "que debía dejar de ser -el Estado- considerado, imaginativamente, como un poder que manda para ser estimado realistamente como -agrupación de individuos que laboran para la satisfacción de las necesidades de sus componentes". Para este autor - el ente público no es otra cosa, por tanto, que un conjunto de individuos administradores que, sujetos a las leyes, actúan en defensa y representación de los ciudadanos. (17)

El instrumento primordial donde luce el mandato en favor de la organización suprasocial está constituido por la constitución o leyes fundamentales del país, a las cuales deben supeditarse los tres poderes integrantes del sistema, legislativo, ejecutivo y judicial; y el ordenamiento jurídico que actúa de nervatura complementaria tanto para regular los actos de los órganos del Estado como para encauzar al bien común los actos de los ciudadanos. Este aparato normativo es la manifestación objetiva de ese pacto social de convivencia en cuyo correcto cumplimiento se cimenta la seguridad jurídica general y el desenvolvimiento de la propia vida individual.

Resulta entonces que cuando los órganos del Estado emiten sus actos legislativos, judiciales o administrativos no ejercen poderes genuinos sino delegados por la comunidad, que es la auténtica fuente de la autoridad. Como secuela catece la organización de personalidad jurídica dife

rente de la que ostentan los individuos y entes privados. No es imprescindible acudir a la técnica de la personalidad para comprender que el Estado puede comportarse como sujeto de derecho; sus órganos se presentan ante los ciudadanos como meros apoderados.

La intención de la tesis que se defiende es evitar que una definición jurídica del Estado como bloque orgánico dotado de personalidad jurídica, cree una sima abismal entre los intereses generales de los individuos y los intereses genuinos del ente público; es decir, entre el Estado y la Sociedad. Por este motivo llamamos la atención sobre los peligros de una fácil aceptación de la doctrina de la personalidad jurídica del Estado que puede degenerar en una disociación, harto peligrosa, de la organización y de los los individuos destinatarios de la misma. (18)

B. La humanización del Estado

~~Las ideas expuestas no son suficientes~~, de todos modos, para brindar una completa definición de los principios que inspiran su comportamiento en el ámbito de la contratación. A la cualidad jurídica representativa que caracteriza a los órganos estatales hay que añadir las calidades que inspiran el Estado de derecho, también aludido en párrafos anteriores, el estado social y el estado económico, cuya síntesis dá fundamento a los modos de ser de los sistemas estatales en el mundo occidental.

El Estado de Derecho significa que todos los órganos públicos dotados de poder deben someterse a leyes justas en su actuación y que los particulares lesionados pueden acudir a Tribunales de Justicia independientes para defenderse de las ilegalidades administrativas; el Estado-social propugna una actitud tutelar en favor de las personas y de los intereses más débiles de la comunidad; el Estado-económico, en fin, lucha por aumentar el bienestar de los individuos y por el fomento de la empresa como medio para la -

creación de la riqueza.

El axioma de la desigualdad de las partes, como crítica tradicional al contrato del Estado, se contrarrestará por las expresadas fuerzas que inciden en el deber-ser de los órganos públicos hasta el punto de posibilitar un comportamiento semejante e incluso más equitativo al que imaginó el derecho civil. El esquema del Estado imperativo o despótico, incompatible, por ende, con la institución contractual es en un país democrático pura incongruencia. En otras palabras, aquel se ha humanizado y se ha sometido, por conveniencias del interés general, a la técnica del contrato. Y, en fin, cuando el interés público tiene que provocar deformaciones en el esquema del contrato que proporcionó el derecho civil, éstas se verifican siempre respetando la seguridad jurídica y el equilibrio económico, que son las verdaderas columnas del contrato moderno, porque el Estado aún siendo parte, no puede ni debe olvidar que es representante y tutor del interés general y, - por ende, de los intereses de los particulares en el propio contrato del Estado. (19)

## 2. La Administración pública, poder ejecutivo contractual.-

En un sentido amplio la expresión Administración pública cabría identificarla con la totalidad de las funciones del Estado en la comunidad. Así se puede hablar de una Administración legislativa judicial y ejecutiva para deslindar los tres grandes núcleos del sistema público; desde una perspectiva más exacta la Administración pública comprende solamente el conjunto de actividades que desarrolla el poder ejecutivo, encabezado por el Gobierno de la nación, para la promoción y el buen orden general y de los servicios públicos. La organización global ha confiado a una de sus tres vertientes el impulso dinámico de la sociedad, dotándola de un marco de poderes suficientes y limitados; en esta vertiente se producirá, --

como se verá, el contrato del Estado.

Se examinan a continuación las facetas de la Administración pública más relevantes por su conexión con el tema que nos ocupa.

A. La Administración pública como órgano del Estado sujeto a Derecho. Conviene aludir, en primer lugar, a una tesis bastante extendida entre los autores con apoyo incluso legislativo, conforme a la cual la personalidad jurídica del Estado, expresión que según lo expuesto solo cabe - aceptar en sentido impropio, se subsume en la capacidad de obrar de la Administración, hasta el punto de identificar la personalidad de ésta con la del propio Estado; o, lo que es lo mismo, que según esta posición debe atribuirse personalidad jurídica a la propia Administración o poder ejecutivo del Estado. (20)

Interesa recordar, a este respecto, que la Administración pública no agota el poder ejecutivo del Estado - pues hay un cuadro de actuaciones administrativas que están sujetas al beneplácito del poder legislativo, participando de este modo en las funciones de la Administración pública. Si la Administración pública no agota la función - del Estado no es posible hablar entonces de una absorción de la personalidad de éste por aquél.

Pero además hay otro aspecto fundamental en concordancia con lo explicado más arriba. No debe hablarse de - una personalidad de la Administración, ni siquiera como - refleja o tomada de la del Estado. Se trata, se ha dicho, de un conjunto de gobernantes, autoridades y funcionarios que se presentan en sus actos en mérito de una representación y defensa de intereses públicos cuyos titulares son los propios ciudadanos. La personalidad del grupo de administradores para actuar y establecer relaciones jurídicas, como las contractuales, no la reciben de la Administración

sino de los administrados. Garrido Falla participa de esta opinión cuando afirma: "La definición académica de administrador como "la persona que administra bienes ajenos" .... encierra una idea perfectamente aplicable a la Administración pública, donde el Administrador gestiona siempre bienes e intereses ajenos: los de la comunidad política a la que se limita a servir". (21)

Para obligar al grupo de administradores a que actúe bajo los dictados del interés público en su labor gestora, la comunidad nacional cuenta con el instrumento de la Ley. Fuera de la Ley los administradores públicos pierden la legitimidad en sus actos y caen en el terreno de lo arbitrario y de lo ilícito. El poder legislativo, en el plano político, y el poder judicial, en el plano jurídico, fisdalizarán - sus actuaciones y restablecerán por sus privativas vías, - llegado el caso, el imperio de la norma. En definitiva la gestión de los administradores en el campo contractual encuentra su original legitimidad en la Ley y en las normas que les facultan a utilizar este instrumento para el cumplimiento de los fines públicos. La "lex contractus" de los del Estado de nutrirá, como se verá, de la "lex pública" que obliga a los administradores a cumplir los compromisos contraídos con el administrado.

B. El derecho de los administradores públicos y el derecho común. Ahora bien, ¿que contenido tiene este régimen o derecho administrativo que define la norma de conducta de los administradores públicos?

La cuestión nos enfrenta con el campo mismo del derecho administrativo en conexión con los fines de la Administración pública. Los autores han mantenido diversas posturas, donde alternan los criterios legalistas con los objetivos y finalistas que no es posible exponer en estas páginas. Para las necesidades de nuestro estudio nos basta - con concebir el derecho administrativo, siguiendo el pensamiento más usual, como el conjunto de normas que regulan -



la organización y funciones de los administradores públicos, así como las relaciones jurídicas entre éstos y los administrados, para el mejor cumplimiento de los fines -- públicos. De esta definición entresacarémos las notas que más puedan influir en el objeto de nuestro trabajo.

El derecho administrativo se configura en el sistema español, por tanto, como un derecho peculiar en cuanto al derecho común y como un derecho excepcional en cuanto a -- la suma de poderes que otorga a las autoridades y órganos de la Administración frente a los administrados. Así como el derecho civil es general y parte de la consideración de la igualdad de los poderes de los individuos y de la libertad para administrar sus propios patrimonios de intereses -- privados, el derecho administrativo español es genuino de -- la Administración y parte de la premisa de la desigualdad de los poderes potenciados en beneficio de aquélla y, en contra partida, de la gestión normativizada del interés público.(22)

La sujeción de la Administración al derecho se verificó en un primer momento histórico obligando a ésta a respetar las leyes comunes en sus actividades patrimoniales y contractuales, en base de la conocida doctrina del Fisco. -- Cuando la actividad pública se hizo compleja y absorbente -- no pudo la Administración seguir apoyándose en los códigos privados, incapaces de dar soluciones prácticas a la rica problemática creada por la gestión de los servicios públicos. Posiblemente, si las leyes civiles se hubieran planteado globalmente el tema de la figura del Estado incidiendo -- en relaciones jurídicas, que solo rozaron parcialmente (propiedad, herencia...), no hubiera tenido lugar la autonomía del derecho administrativo en la forma que conocemos; se -- trataría simplemente de un conjunto de leyes especiales y de excepciones frente al derecho común. Pero el derecho civil español se encerró en sus fronteras estrictamente priva-

das y el nuevo campo a regular fué ocupado por el derecho público. Tampoco cabe olvidar, no obstante, que el extraordinario desarrollo del derecho administrativo en España -- tiene también unas motivaciones políticas que no es el caso comentar; la notoria fuerza del poder ejecutivo se ha contrapesado mediante un aparato normativo floreciente que sirve de soporte a los órganos y de garantía a los ciudadanos.

Por el contrario, en aquellos países en los que el derecho común es una realidad jurídica dinámica, cuyo respeto generalizado constituye componente básico de la carta de libertades individuales, como sucede en las naciones inspiradas en los principios del "common law" el derecho administrativo se ha reducido a limitadas prerrogativas de los administradores públicos y a un abanico de reglamentos de procedimiento. Si bien es cierto que asistimos en los últimos años a una eclosión de regulaciones y tribunales administrativos en estos países. (23)

En los países de derecho administrativo constituye éste una rama del Derecho completa y homogénea. ¿Qué papel le queda entonces al derecho común? Es una realidad cotidiana el avance constante de las normas administrativas sobre los terrenos tradicionalmente ocupados por el derecho común y siempre como resultado de la expansiva presencia de la Administración en la vida social. En contacto con la Administración las instituciones típicamente privadas como, -- por ejemplo, la del contrato se remodelan bajo nuevas concepciones. No obstante la realidad indiscutible del derecho administrativo y la solidez en sus principios informadores hay un criterio científico e incluso popular en favor de la primacía del derecho común, al lado del cual el administrativo aparece como un cuerpo extraño y plano más inseguro para la dinámica de los derechos individuales.

Esta actitud es explicable aunque no pueda merecer la aprobación. Es explicable porque, obviamente, el derecho --

común basado en sus axiomas liberales e igualitarios, aparece como el instrumento más respetuoso para la defensa de los intereses privados. Pero no puede merecer la aprobación porque implica una desconfianza hacia el propio Derecho administrativo que debe realizar la aspiración de justicia en los mismos términos que el Derecho privado. Si por razones de interés público resulta aconsejable reconstruir algún tipo de relación jurídica desviándose del esquema civil, tal mutación positiva deberá verificarse respetando y defendiendo el interés privado a sabiendas de la posición debilitada que ostenta en los procedimientos. Y sin perder de vista - que las normas administrativas son aplicadas por autoridades y funcionarios que pueden con sus actos de aplicación - perjudicar los legítimos intereses involucrados en los expedientes. Es decir, que el Derecho administrativo debe no solo respetar el interés privado sino reputarlo además digno de especial tutela.

En el ámbito administrativo el derecho común puede - jugar un triple papel: (24)

a. Derecho inspirador de las figuras del Derecho administrativo ofreciéndole sus esquemas institucionales que servirán, en numerosos supuestos, de punto de partida para las construcciones jurídico-públicas.

b. Derecho complementario en virtud de la llamada - que, en ocasiones, realizan las leyes administrativas a - las instituciones del Derecho privado. En estos casos se - produce una "administrativización" del derecho privado en mérito a la utilidad que presta su normativa al derecho público y en base a un perfecto acople de los dos regímenes jurídicos.

c. Derecho supletorio del propio Derecho administrativo por constituir aquél un "fondo jurídico general" que brinda conceptos esenciales en relación con la persona, el

patrimonio y los derechos personales, que deben ser respetados por todas las ramas del derecho.

El Derecho administrativo es sobre todo el derecho de la Administración en su prisma estático y dinámico.

El tema tiene particular relevancia en el campo de - las relaciones jurídicas que los administradores públicos establecen con los administrados. Este paquete de relaciones constituyen parte integrante de la función administrativa, uno de cuyos objetivos primordiales es imponer obligaciones de dar, hacer o no hacer a los ciudadanos en atención a las exigencias del interés general. El conflicto entre la Administración pública que persigue el fin público y los patrimonios privados, regidos por el principio de la libertad de actuación y del sacrificio mínimo de intereses, es evidente que no puede resolverse solo con la apoyatura de códigos privados y ello abunda en favor de un tratamiento jurídico adecuado para armonizar los dos intereses de naturaleza desigual en juego. Lo verdaderamente importante, se insiste, es que este derecho paralelo al civil que regula los actos de la Administración debe partir siempre de - la premisa de que su misión no es edificar una normativa - de prerrogativa para compensar la debilidad, la deficiencia o la falta de eficacia de los órganos administrativos, so pretexto de una radical tutela de los intereses públicos, sino brindar un marco jurídico más idóneo para aquellas peculiaridades del quehacer administrativo que están ausentes en el articulado de las leyes civiles.

6. Las potestades de los administradores públicos.

El derecho, además de constituir cauce y límite de la actuación administrativa, como exige el principio de legalidad en su versión restrictiva, confiere a los órganos de la Administración facultades o poderes excepcionales frente a los administrados. Estas atribuciones tienen un cla-

ro sentido finalista: progresar la comunidad en un orden justo que es la síntesis del fin del Estado y, como secuela, principio legitimador del actuar administrativo.

Partimos, pues, de un concepto amplio de las potestades administrativas; suma de facultades conferidas a los administradores para que mediante sus actos conquisten bienes para la comunidad. Esta facultad genera una dinámica administrativa, una actividad compleja que ha sido denominada "giro o tráfico de la Administración", con proyección hacia los administrados. Este tráfico está integrado por la creación de polifacéticas situaciones jurídicas cuya generación es del mayor interés para el tema en estudio; la potestad del administrador cuando incide en el sector privado implica modificaciones en éste amparadas por el Derecho. (25)

Dentro del concepto amplio de poder o potestad de las administraciones públicas es posible matizar dos subconceptos: un poder de mando y un poder de mera administración. El poder de mando es una manifestación de la supremacía del interés general y se traduce en la facultad que ostentan los administradores de dar órdenes a los ciudadanos para influir en su conducta personal y patrimonial, por la vía de la constitución de relaciones jurídicas coactivas. Por su parte, el poder de mera administración, significa la posibilidad de realizar cuantos actos sean necesarios para la gestión, promoción y ejecución de las finalidades públicas respecto de las que no sea necesario o conveniente la orden o el mandato, sino la aplicación de las técnicas del acuerdo, la inducción, la recomendación, la investigación u otras semejantes. La distinción que se comenta toma su punto de partida de la clásica distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión, las dos variables más significativas de los actos de la Administración.

Interesa poner de relieve, sin embargo, que los actos de autoridad o de mando y los actos de gestión o de mera administración, no constituyen una dicotomía en el modo de operar de la Administración, ni se trata de dos comportamientos jurídicamente diferentes. Ambos persiguen el mismo fin y están regulados por el Derecho administrativo. Actos de mando y actos de mera administración son aspectos de un único concepto que es el poder atribuido a los administradores los cuales, en virtud de una estrategia oportunista, deberán sopesar ambas opciones en función de la finalidad concreta que se trata de conseguir. Las potestades han sido otorgadas para la consecución de un abanico de finalidades y el mando y la simple administración son ~~meras~~ técnicas mediales.

Inciden sin embargo ambas estrategias operativas en que se manifiesten a través de actos administrativos o de declaraciones de voluntad de la Administración. Esta declaración de voluntad solo será eficaz si tiene alcance jurídico frente a los administrados, de aquí que a los poderes de los administradores se les haya denominado potestades jurídicas. (26)

La potestad jurídica puede adoptar la siguiente forma:

a) El poder reglamentario o facultad de dictar normas generales y disposiciones para el cumplimiento de las leyes.

Sin infringir el marco acotado por la Ley, que acarrearía la invalidez de la norma reglamentaria, esta potestad legislativa de segundo grado que ostentan órganos de la Administración es, tal vez, la más importante de la misma. Actos de mando y actos de mera administración encuentran en los reglamentos derivados de las leyes el so-

porte jurídico de su legítimo ejercicio.

b) El poder de dictar actos administrativos en asuntos singulares, aplicando los órganos competentes el derecho general a supuestos concretos, aplicación que goza de la presunción de legitimidad en tanto no sean anulados en la vía jurisdiccional.

La presunción de justicia, de legalidad y de interés público que ostenta a su favor el acto administrativo, al igual que la disposición reglamentaria, con su lógica contrapartida de presumir, en principio, errónea o ilícita la actitud discrepante del administrado, es la base donde se apoya el quehacer de los administradores y la diferencia más sustancial entre sus actos y los actos de los individuos. En las relaciones privadas se presume la buena fé y la legitimidad de todos los intereses en conflicto y corresponde solo a los Tribunales calificar la licitud o ilicitud de los comportamientos.

c) El poder de ejecutar, unilateral o coactivamente, las disposiciones y actos emanados de la Administración, si las conductas individuales no se doblegan voluntariamente a las resoluciones administrativas. Esta facultad de coacción cerca de los administrados, que es naturalmente típica del poder judicial, es pura secuela de la presunción de legitimidad de que antes se hablaba, pero también, en los sistemas donde se acepta, se funda en razones de perentoriedad, esto es, la necesidad de su cumplimiento inmediato o en el plazo previsto.

d) El poder de resolver, con carácter previo a la intervención del poder judicial, las reclamaciones, cuestiones o impugnaciones planteadas por los administrados con ocasión de la aplicación del Derecho administrativo. Esta potestad consagra un fuero en favor de la Administración y

a costa del área de competencia del poder judicial. (27)

Si hubiese que resumir en una definición esta polifacética potestad de la administración cabría hacerlo diciendo que es la facultad que ostentan los órganos administrativos competentes para crear y ejecutar situaciones jurídicas cerca de los administrados. Como dice correctamente --BOQUERA: "El poder es una posibilidad de hacer, un potencial de actos. El poder jurídico es un potencial de actos jurídicos, o, si se quiere, la facultad de producir actos con efectos jurídicos". En otras páginas del estudio que se cita incurre, sin embargo, a mi juicio, en el error de confundir la potestad administrativa jurídica con el poder voactivo. (28)

A diferencia de lo que sucede en los poderes de administración privados, donde las facultades del administrador tienen su origen en el mandato correspondiente, en la Administración pública los administradores hallan su título de habilitación en el derecho administrativo. La emisión de la voluntad administrativa no es la causa u origen de los efectos jurídicos sino que su alcance dimana de la aplicación de la Ley que se hace valer frente a los poderdantes administrados. La idea de poder administrativo debe desvincularse, pues, de la idea de mando que aparentemente nubla el verdadero fundamento de esta potestad.

#### D. La potestad administrativa contractual.

Al definir más arriba el derecho administrativo se citada, en coincidencia con la generalidad de los autores, que constituye tema del mismo todo lo referente a las relaciones jurídicas Administración-administrados; la sola presencia del órgano público en una relación atrae el tema de otras ramas del Derecho y obliga a enfocarlo desde la perspectiva administrativa. La tesis del mandato público justifica esta integración del bloque de relaciones en el derecho público. Así por ejemplo, BALLBE participa de esta



opinión cuando afirma: "Desde el momento en que se predica del orden jurídico administrativo que es una parte del Derecho, está implícito que rige relaciones entre los sujetos activos y pasivos de la función administrativa". (29)

Sin embargo, no cabe olvidar, que cuando la generalidad de los autores se enfrentan con el tema de las relaciones contractuales de la Administración suelen reputarlas - como algo diferente a la relación jurídica objeto del Derecho administrativo. La doctrina clásica consiste en distinguir entre potestad administrativa y capacidad jurídica - privada; cuando la Administración actúa ejecutando la segunda, como sucede, según se mantiene, en la esfera contractual, las relaciones que surgen son de naturaleza privada y el derecho regulador lo será el derecho común. "Los fines públicos, afirma Boquera, pueden atenderse tanto con el ejercicio del poder administrativo como de la capacidad privada. No existe necesaria interdependencia entre aquella clase de fines y el poder administrativo. En determinados casos el empleo del poder administrativo será necesario, o simplemente conveniente, para atender fines públicos, pero en otros no habrá necesidad de recurrir a su ejercicio".

Nos corresponde, por tanto, fijar un criterio sobre si la creación de relaciones jurídicas contractuales por los administradores públicos con los administrados, cualquiera que sea la rama del Derecho reguladora de la misma - civil, mercantil, administrativo o laboral - es parte integrante de la potestad administrativa o por el contrario - tiene su lugar en el seno de una capacidad de obrar al estilo del derecho común que ostenta la Administración. En otras palabras, si las relaciones jurídico voluntarias Administración-administrados se desencajan del cuadro funcional de las potestades administrativas y, por ende, son materia típica del Derecho administrativo.

Se dijo en el epígrafe anterior que desde nuestro -

punto de vista el derecho administrativo es, ante todo, el estatuto de la Administración, esto es, el marco legal que regula la organización, las funciones y las relaciones del grupo de administradores en el seno de la comunidad nacional. También se dijo que las denominadas potestades administrativas son el conjunto ordenado de facultades de mando o de mera administración que confiere el expresado estatuto a las autoridades y funcionarios para que puedan alcanzar sus altas metas públicas. (30)

Pues bien, la virtud de la potestad contractual es, como se verá, constituir unilateralmente situaciones de esta índole con los administrados de las que derivan derechos y obligaciones económicos recíprocos. Se trata del ejercicio de una competencia administrativa para la consecución de fines públicos, en la que debe verse como primordial la posibilidad de hacer, la posibilidad de actuar con alcance jurídico. En tanto en cuanto el contrato del Estado está justificado como pieza básica del firo o tráfico de la Administración para la consecución de sus fines la celebración de los mismos es parte integrante del cuadro de potestades que se han conferido a los administrados públicos. En otras palabras, que potestad y contrato no son conceptos reñidos sino que el segundo es una secuela de la primera, una variable de su aplicación práctica, una decisión unilateral pero con efectos bilaterales, según se verá más adelante. (31)

La cuestión de como se concilia la figura del contrato con la mecánica de los poderes administrativos se verá en otro lugar. Se puede anticipar, no obstante, que la conexión de las dos instituciones da lugar a una integración del concepto de contrato en el seno del derecho administrativo. que se verá obligado a remodelar las relaciones voluntarias de los órganos públicos bajo enunciados diferentes a los previstos en el Código civil, aunque sin pérdida de

sus calidades esenciales.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las relaciones entre las personas privadas, que tienen poder o capacidad de realizar libremente toda clase de actos y contratos que no infrinjan la Ley, cuando la Administración ejerce el poder o capacidad contractual actúa con un consentimiento, objeto y forma reglados y, por tanto, la validez de lo convenido no emana de mutuo acuerdo con la persona privada sino de la eficacia jurídica que la Ley otorga a esta modalidad del operar administrativo.

Contratar en la Administración, en suma, es el ejercicio del poder conferido a algunos órganos para dictar actos administrativos constitutivos de un procedimiento que condiciona y da vida a las relaciones jurídicas voluntarias, produciendo los efectos o situación jurídica definida por las leyes.

### 3. Los órganos de contratación en el derecho español

A. Lo político y lo administrativo en la actividad contractual. Se ha descrito en otro lugar a la Administración como un conjunto ordenado de unidades administradoras y conviene ahora llamar la atención sobre las características de su estructura orgánica: En la Administración no hay un órgano o poder central omnímodo, cabeza del poder ejecutivo plenipotenciaria, del cual las demás autoridades y -- funcionarios reciban parcialmente sus facultades por la vía de la delegación o desconcentración. No hay un núcleo de poder pleno que sólo es imaginable en esas dictaduras personales que nos brinda la historia.

Por el contrario, las administraciones modernas están constituidas por un conjunto de órganos, jerárquicamente ordenados pero sin merma de una responsable independencia, cada uno de los cuales tiene asignado por Ley unas funciones específicas que son las que integran su competencia.

La idea en que merece la pena insistir es que esta estructura jerárquica o piramidal de la Administración, cuya máxima cumbre la define el estamento político o Gobierno, está formada por una pluralidad de unidades competentes que giran debidamente coordinadas, pero independientes, en la constelación administrativa.

Consecuentemente, la competencia o poder contractual de la Administración está atribuida solo a determinados órganos de los que componen el sistema total; si el contrato es justamente uno de los instrumentos idóneos para la realización de fines y servicios públicos la facultad de celebrarlos debe estar ordinariamente atribuida al órgano responsable de cada uno de los fines específicos de interés general.

La comprensión del modo de ser de la Administración como parte directa en contratos gana en claridad cuando se medita que los expresados órganos rectores de los servicios están desempeñados por personas físicas, autoridades y funcionarios, cuya forma de pensar o voluntad se identifica a fin de cuentas con la voluntad de la Administración. En definitiva, el consentimiento contractual público coincide con el criterio subjetivo de uno o varios, según los casos, de los administradores. Ciertamente que esta síntesis final humaniza, en cierto sentido, el quehacer contractual administrativo pero permite también atisbar la problemática que abriga el hecho de que el interés público pueda quedar supeditado a la interpretación que del mismo realice la autoridad que eventualmente personifique el órgano competente. La politización del interés público es una amenaza constante en la labor técnico-económica de la Administración. (32)

Porque no puede desconocerse, por otra parte, que la correcta ejecución de un contrato depende, en buena medida, del conocimiento técnico de la materia y de la oportunidad

económica de su planteamiento. Estos factores se presumen en la actividad contractual privada, donde el interés económico de las partes es motor primordial de la operación - pero, en la esfera pública, cuando el órgano decisorio está influido por premisas políticas, puede no ser además ex perto en este tipo de gestión y no pone en juego su interés económico personal se llega a la necesidad del montaje de un sistema que garantice el interés público y asegure la - eficacia del negocio frente a administradores y administrados.

Lo expuesto nos lleva a desarrollar un teorema fundamental que tiene gran trascendencia, como se verá, en el - campo de la contratación: el deslinde de lo político y de lo administrativo en el ámbito contractual del Estado.(33)

Lo, primero que se aprecia al afrontar este problema es el de la relatividad de las conclusiones a que pueda lle garse. El ámbito de lo político es muy diferente en los - países de estructura democrática de aquellos otros inspirados en principios totalitarios; en estos últimos la Adminis tración es una pieza de opresión más del grupo dominante y todas sus articulaciones quedan impregnadas en la ideología y directrices políticas de tal modo que ni siquiera puede hablarse de un estado de derecho que debe estar basado siem pre en el respeto a las libertades individuales.

En los estados democráticos occidentales es donde adquie re el problema política-administración toda su importancia. El abanico de opciones que significan los programas de los partidos políticos que acceden periódicamente al Gobierno obliga a indagar cual es el campo genuino de lo administrativo pues el axioma de una Administración estable jurídica e independiente es premisa indiscutible de una comunidad - libre.

Si damos como cierto que al poder legislativo le incumbe la aprobación de las leyes y de los grandes programas

y cuestiones que afecten al cuerpo social, y a los órganos de la Administración la ejecución de las normas y la promoción conforme a ellas del interés público, queda por fijar cual es el ámbito completo de las opciones peculiares del poder político.

Desde nuestro punto de vista lo genuino del poder político es la alta dirección, la innovación y el impulso del aparato administrativo que sin esa fuerza motora caminaría hacia un norte fijo, con peligro de inmovilismos y rutinas paralizantes. Lo político es, sobre todo, cambio y espíritu de progreso; también vigilancia del buen funcionamiento de las estructuras administrativas aunque en un tono menor habida cuenta la existencia de mecanismos de autocontrol en el seno de la Administración. Al lado de ésta alta función de lo político concebimos a lo administrativo como actividad profesional y técnica dotada de un ritmo propio de actuación, vinculada estrictamente al derecho positivo, respetuosa con los principios de buena administración y sujeta a las directrices del poder político. (34)

La filosofía que separa lo político y lo administrativo, tal como se expone, necesita de algunas precisiones en materia jurídica y orgánica para clarificar los campos de Gobierno y Administración, al objeto de que no se produzcan los fenómenos de administrativización del primero ni la politización de la segunda que son los peligros latentes del dilema.

En materia jurídica consideramos típica labor de gobierno la elaboración de proyectos de ley y la aprobación de reglamentos o de disposiciones generales. Por el contrario la emisión de actos administrativos reglados en expedientes singulares, debe ser cometido exclusivo de los órganos administrativos competentes sujetos, en casos de especial relevancia, a la autorización o conocimiento del poder político.

En materia orgánica se estima, como regla general, - que la designación de las autoridades y funcionarios que - integran la Administración debe tener carácter reglado, en atención a la índole de la función a desempeñar y respetando los principios de publicidad y concurrencia. Los titulares administrativos deberán gozar de una estabilidad adecuada frente a la cambiante política.

Las leyes orgánicas de la Administración no deberían contemplar a ésta como una mera continuación del Gobierno, sino como una estructura profesionalizada de autoridades y funcionarios o un grupo de administradores públicos, que - deben laborar con continuidad y permanencia al margen de las decisiones oportunistas de los estratos políticos. (35)

Con arreglo a estas disquisiciones es evidente que - la actividad contractual es, en principio, genuina del campo administrativo. Se trata de una operación que exige conocimientos técnicos y que se manifiesta a través de un cauce legal, características típicas del quehacer funcional.

Hay un dato sin embargo que tiñe esta aparente asepsia o neutralidad de la actividad contractual; es el hecho de que el contrato compromete ordinariamente fondos públicos presupuestarios y el gasto público es acto político sujeto al control del parlamento, responsabilidad del Gobierno y de los ministros. El contrato da forma a la salida de los caudales públicos y su virtualidad está condicionada - por el crédito del Estado. La unidad administrativa responderá de la jurisdicción de la adjudicación pero la autoridad política es la responsable de la oportunidad y conveniencia de la inversión, ante otras opciones posibles de aplicación de los créditos limitativos presupuestarios.

Lo contractual del Estado se nos presenta entonces - como un acto de administración singular que no debe confiarse exclusivamente a la rutina administrativa y su genera--

ción debe compartirse con la decisión de autoridades políticas.

Corresponde al Ordenamiento jurídico, atento a este problema, deslindar con exactitud en este campo como en otros de la Administración, el ámbito operativo de lo político y de la actividad administrativa de manera que, -- prescindiendo de la fijación de los grandes objetivos y -- del señalamiento de directrices, todo el mecanismo ejecutivo responda a procedimientos racionales regulados por -- las leyes y bajo la responsabilidad de los funcionarios -- públicos.

En el Derecho español cabe hacer una distinción en el juego de las competencias contractuales administrativas secuela de esa ambivalencia que según se ha dicho intenta el acto de administración: los órganos políticos -- que aprueban los contratos y los órganos administrativos que los estudian, preparan y gestionan.

B. Organos de aprobación..- Conviene recordar, en -- primer lugar, que los servicios y actividades públicas -- pueden ser gestionados bajo tres vestiduras formales diferentes: mediante órganos dependientes de la Administración -- centralizada o sujeta directamente a las competencias del Gobierno; a través de órganos descentralizados autónomos -- sometidos en su actuación al Derecho administrativo; o con apoyo de entes personificados autónomos sujetos al derecho privado. La elección para cada servicio del tipo de gestión dependerá de una estrategia operativa, basada en la naturaleza de la actividad, que no es el momento de comentar.

Al configurarse la contratación del Estado como una institución de derecho público podía pensarse que en el su



puesto de órganos estatales sujetos al derecho privado - quebrarían radicalmente los principios del sistema, no obstante hallarse involucrada una actividad, interés o servicio de transcendencia pública, íntimo contrasentido que envuelve la consecución de fines públicos mediante métodos de derecho privado. Pero como se verá en su momento aún cuando los contratos de estos entes no deban calificarse como contratos del Estado, para ser fieles a las exigencias del positivismo jurídico, y con las lógicas salvedades de régimen, las directrices operativas del esquema estatal son válidas aún cuando influyan sólo como reglas de buena administración. La institución de los contratos del Estado afecta a todo el sector público aún cuando la naturaleza de la afección pueda ser diferente, si bien algunas reglas básicas deban reputarse -- verdaderamente generales. (37)

Por lo que se refiere a la Administración Pública, centralizada o autónoma pero sujeta en sus actos al derecho administrativo, los Organos de aprobación de contratos, esto es, los competentes para celebrarlos comprometiendo la responsabilidad económica del Estado, son como regla general, los Ministros Jefes de los Departamentos y, con referencia a los entes autónomos, sus Presidentes o legítimos representantes.

Esta regla general, cuyas excepciones se verán a continuación, encuentra su apoyo más relevante en el artículo 14 núm. 11 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (L.R.J.) que declara que incumbe a los Ministros "firmar en nombre del Estado los contratos relativos a asuntos propios de su Departamento". Esta declaración implica una atribución contractual plena a los Ministros solo limitada por el área de las competencias departamentales. Cabe criticar, sin embargo, la falta de acierto en la expresión semántica del precepto citado cuando habla de "firmar" en vez de "aprobar" o "celebrar"

que hubiese sido la terminología correcta. Por su parte, el artículo 7 de L.C.E. confirma la directriz competencial enunciada atribuyendo también a los Jefes de los Departamentos la facultad para celebrar contratos administrativos de obras, gestión de servicios y suministros. - Si se recuerda que el contrato administrativo es arquetipo del sistema y que su normativa es de aplicación supletoria, de una forma u otra, mediata o inmediatamente, a todos los contratos del Estado, la solución del citado artículo 7 opera en la práctica como regla general de derecho administrativo.

Otros sectores de la contratación estatal ratifican lo que aquí se expone; y en este sentido cabe citar el artículo 4 de la Ley del Patrimonio del Estado (L.P.E.) por cuanto afecte a los contratos patrimoniales; los artículos 17 y 32 de la Ley de Funcionarios civiles (L.F.C.), en el terreno del contrato de función pública; así como otras disposiciones y normas administrativas del amplísimo campo de los contratos públicos (conciertos económicos, Deuda pública, convenios agrícolas....)

Se aludió más arriba a que la regla general tenía algunas excepciones. En efecto, en algunos casos la facultad aprobatoria de los contratos está conferida al Consejo de Ministros y en otros a las Cortes, en ambos casos - por la trascendencia o peculiaridad de la operación.

El Consejo de Ministros puede intervenir en el sistema de contratación como órgano de aprobación o como órgano de tutela. Como órgano de aprobación cabe citar, por vía de ejemplo, la concesión por Decreto de las autopistas de peaje (art. 7 de la <sup>ley</sup> 3/1972, de 10 de mayo) la aceptación de donaciones, las transacciones patrimoniales y - las donaciones realizadas por el Estado (artículos 24, 40 y 74 L.P.E.) como órgano de tutela el ejemplo más típico es el previsto en el artículo 8 L.C.E. que prevé la autorización del Consejo de Ministros previa a su celebración

de determinados contratos administrativos, habida cuenta su cuantía o el plazo de su duración.

También las Cortes tienen en casos muy excepcionales la facultad de aprobar definitivamente contratos del Estado. Basta que citemos el artículo 14 de la Ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, que atribuye a la Cámara la facultad de ratificar tratados o convenios internacionales; y también el artículo 17 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 julio de 1911 que exige una Ley para que el Gobierno pueda "tomar caudales a préstamo sobre el crédito de la Nación".

Como puede advertirse la decisión más trascendental en el ámbito de los contratos del Estado, es decir, la celebración de los mismos, corresponde a órganos del ejecutivo mediatizados en su nombramiento y actuación por el plano de lo político. El fundamento de la solución del derecho administrativo se deduce del trasfondo financiero que late en la contratación. El derecho financiero clásico, - concretamente el artículo 67 L.A.C. facultaba solo a estas autoridades para disponer los gastos propios de los servicios correspondientes a su Departamento, es decir les atribuyó en exclusiva el poder económico presupuestario. - Siendo la consignación presupuestaria antecedente inexcusable del contrato del Estado generador de gasto, el más frecuente, la legislación administrativa se vió forzada a reconocer, por razones de eficacia, la competencia contractual a quienes eran competentes para ordenar los gastos públicos. Y, por análogas razones financieras, unidas a otras que ponderan la trascendencia del acto, es por lo que el Gobierno y las Cortes deben participar en la generación de algunos tipos de negocios.

La configuración de los órganos de aprobación contractual que adopta el Derecho español muy vinculado al nivel político, tiene aspectos positivos:

- Otorga unidad, coherencia y seguridad financie-

ra a la actividad contractual de la Administración.

- Define un solo órgano responsable pero, al objeto de favorecer la agilidad, le permite delegar o desconcentrar esta función en otros órganos inferiores.

Las críticas que, de contrario, cabe formular, tratarían de poner de relieve la naturaleza técnico-económica de los aspectos esenciales de la contratación y, en consecuencia, la conveniencia de atribuir facultades decisorias a órganos específicos para este trabajo insertos - en los Departamentos y organismos, pues cabe pensar que - adoptarían actitudes más objetivas y menos politizadas de las que forzosamente adopta un Ministro del Gobierno en su tarea, al que, no obstante, correspondería siempre la fijación de las directrices a las que los expresados órganos inferiores deberán atenerse. Esta crítica olvida, sin embargo, la trascendencia del poder económico presupuestario en el ámbito contractual hasta el punto de que lo condiciona radicalmente.

Debe hallarse por el derecho administrativo de todos los países una solución conciliadora de lo político y lo administrativo en el tema que examinamos. Lo político es dinámico, flexible y oportunista; lo administrativo es racional, pragmático y reglado que son notas paradigmáticas de la actividad contractual pública. El sistema jurídico de contratación del Estado debe prever, entonces, la existencia en el cuerpo de la Administración de órganos - estables de gestión económico-administrativa, estrictamente técnicos y especializados en la tarea contractual cuyas facultades estén reguladas por las leyes. Los órganos políticos ostentarán sus altas funciones de dirección, vigilancia y resolución en la actividad contractual vinculada a sus competencias específicas; pero no debería poder apartarse de las propuestas que le formulen los órganos - de gestión, en orden a la preparación adjudicación y ejecución de los contratos, sino en los supuestos y casos -

previstos en las leyes. De esta forma parece que se armoniza la función administrativa contractual y la responsabilidad político-presupuestaria que por razón del gasto público incumbe a los órganos de aprobación.(38)

C. Organos de gestión.- Los órganos de gestión, se ha visto, complementan a los órganos de aprobación.- Dentro del enunciado "órganos de gestión" sabe citar a una multitud de unidades y cargos administrativos que intervienen obligatoriamente en la formación de la voluntad contractual del Estado. Organos de gestión son los Centros directivos y Jefaturas de Sección bajo cuya responsabilidad directa está el impulso del prodedimiento contractual, las direcciones facultativas, las Mesas de contratación, las Juntas de Compras, las Asesorías jurídicas, las Intervenciones del Estado, las oficinas de contabilidad, los Negociados del Tesoro,..... A estas autoridades y funcionarios les incumbe redactar los estudios preparatorios, emitir informes, proceder a controles y supervisiones, preparar acuerdos, redactar los Pliegos y documentos antecedentes del contrato, elaborar proyectos y prescripciones, - convocar la licitación, estudiar las proposiciones, elevar para su aprobación propuestas, vigilar directamente - el cumplimiento, verificar las liquidaciones que procedan, etc. Esto es, el aparato administrativo tiene bajo su cargo culminar todo el trasfondo técnico, jurídico, económico, que envuelve la mecánica de múltiples piezas contractual y, llevar, además, las relaciones inmediatas con los interesados y, despues con el administrado contratante. Es decir, los órganos de gestión personifican con su mosaico de competencias pequeñas a la Administración pura, neutral y reglada, pero actuando, sin embargo sujetos a los órganos de aprobación políticos.

Viene a resultar entonces esa imagen inicial que - brinda la contratación del Estado al que se aproxima por

primera vez a su estudio, como relación desigual de poder entre el ente soberano y un simple particular, debe ser remeditada. Obsérvese que el órgano administrativo que al fin, gestiona técnico-económicamente el contrato, mediante sus múltiples decisiones jurídicas, soporta, desde arriba, el impacto de la acción política y, por abajo, la presión interesada del administrado colaborador o ciudadano contratante. Frente al político, que tenderá lógicamente a soluciones oportunistas, el órgano de gestión deberá - guarecerse en el imperio del Derecho; y frente al administrado, deseoso de un lucro en la operación, deberá también sostener el prestigio de la norma y la defensa del interés público. Y este interés público es el que vemos necesitado, en este equilibrio triangular de fuerzas, parte debilitada y necesitada de tutela, (39)

Esta tutela del interés público no puede ser otra - en el campo de la Administración pública, que la protección que merece el quéhacer de los órganos de gestión. Esta protección debe instrumentarse por el ordenamiento jurídico - mediante la construcción de un cauce objetivo en el actuar que normalmente evite el error o el pecado de las autoridades y funcionarios, que les sirva de protección ante las presiones de todo género y que, al mismo tiempo, y esto es de suma importancia, no reste un ápice de eficacia al sistema sino que, por el contrario, la estimule y la consiga en todas las figuras contractuales.

### III.- EL ADMINISTRADO-CONTRATANTE DEL ESTADO.

#### 1. El administrado ante la Administración; posición de colaboración.

La posición del administrado ante los actos del grupo de administradores u órganos de la Administración es - normalmente pasiva; se limita a cumplir las resoluciones generales o particulares de aquéllos y a soportar la vía ejecutiva si no adapta espontáneamente su conducta a las

manifestaciones concretas del poder administrativo.

Hay supuestos, sin embargo, en que el administrado - adopta voluntariamente una función activa y participa de - diversos modos en el quehacer de los órganos y en la conse - cución de fines públicos. El administrado con ésto no es - que se convierta en administrador pero sí en una pieza más del aparato ejecutivo del Estado, en un instrumento de apo - yo al tráfico administrativo, y su problemática tiene acu - sada vinculación con el tema que se estudia.

Los administrativistas dedican habitualmente un capí - tulo especial al análisis de estas conexiones voluntarias Administración-administrados que denominan colaboraciones y fijan, no con criterio unánime, los distintos supuestos de la misma. Dentro de <sup>los</sup> casos enumerados merecen particular - mención aquellos en que la voluntad del particular colabo - rador constituye presupuesto de eficacia o validez del ac - to administrativo pues esta modalidad encara justamente el tema de lo contractual del Estado y, por ende, de la virtua - lidad del consentimiento privado en la creación de situacio - nes jurídicas de alcance bilateral. (40)

Interesa en este momento llamar solo la atención so - bre determinadas facetas de la problemática de las colabora - ciones que más influyen en la concepción del contrato del - Estado.

A. El derecho del administrado a participar en las - tareas de la Administración. El derecho del administrado a participar en el ejercicio de funciones públicas está basado en el principio, de pura raíz política, de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y, en consecuencia, ante el Esta - do: la participación tiene la doble vertiente pasiva y acti - va; la primera significa obligación de afrontar las cargas - comunes por la vía del tributo y la obediencia a las normas que prevén sacrificios individuales; la segunda el derecho

a disfrutar de los servicios públicos, ventajas, oportunidades etc. que brinda a los ciudadanos la gestión colectiva. El ciudadano es como el socio de una cooperativa que aporta sus medios económicos y acopla su actividad a las exigencias estatutarias de aquélla, pero que, en contrapartida, tiene derecho a disfrutar de las ventajas de la asociación.

El principio de la igualdad de los ciudadanos ante la Administración, tanto para las cargas como para los beneficios dimanantes de la gestión pública es un axioma histórico-liberal e indiscutible hoy y ha sido puesto de relieve innumerables veces por la doctrina; así por ejemplo, un autor afirmaba recientemente que "no ofrece la menor duda que el principio de igualdad domina de jure toda la legislación y toda la actividad de la Administración pública". Esta aseveración es bien cierta como se deduce de la simple lectura de preceptos básicos de nuestras leyes fundamentales donde el principio de igualdad aparece consagrado de forma integral; léanse a este respecto los artículos 3 (igualdad de los españoles ante la ley), artículo 9 (generalidad del pago de las cargas públicas) y artículo 10 (derecho de todos los ciudadanos a participar en las funciones públicas), preceptos todos ellos del Fuero de los Españoles y cuya interpretación conjugada permite definir la posición indiferenciada de los administrados ante la Administración. (41)

Es evidente la influencia democrática en la tesis que se expone. Las ideas serían muy diferentes si se nos obligase a afrontar el tema de la colaboración de los administrados en las tareas públicas desde un planteamiento totalitario, donde se debilitan los derechos individuales y pasan a un primer plano los deberes y las obligaciones. De aquí la necesidad de impulsar cada vez más la presencia de los administrados, al lado de los administradores, en las tomas de decisión por la Administración. Como decía la Memoria de



1.971 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: " La participación de los administrados en el ejercicio de las competencias de los órganos del Estado a través de Juntas Consultivas y Comisiones mixtas, constituye sin duda, un complemento práctico de la doctrina general de la participación política que proclaman nuestras leyes fundamentales". - La manifestación más excelsa de la colaboración del administrado en la Administración no es, como dice algún autor, en el derecho a convertirse en funcionario público, sino a ser consultado y a poder opinar en aquellas actuaciones de la Administración que puedan afectarle. De lo que se trata es de que la Administración tenga un conocimiento e información completa de la problemática de asuntos que deban ser resueltos mediante disposiciones generales. (42)

El derecho a la participación del administrado en la conformación de la voluntad administrativa solo está reconocido en los expedientes singulares por las leyes de procedimiento administrativo. Pero, conforme a las razones expuestas, debería extenderse a los expedientes que entrañen resoluciones de trascendencia general, a través de las Juntas y Comisiones que propugnaba para toda la Administración la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

B. La colaboración interesada. - Hay colaboración interesada cuando el administrado se aproxima voluntariamente a la Administración para dar, hacer o no hacer alguna cosa, de trascendencia para los fines públicos, recibiendo por la prestación un equivalente económico. Estamos ante la esencia misma del contrato del Estado.

Las notas que la caracterizan, por tanto, son:

- El comportamiento voluntario del administrado.
- El propósito interesado que le estimula a colaborar con la Administración.

- La prestación convenida es simultáneamente una actividad privada y un hecho de interés general.

El comportamiento de la persona privada en las colaboraciones públicas es esencialmente idéntico, en cuanto a la defensa de su personal interés, al que adopta en sus relaciones contractuales. El particular se aproxima al Estado - para vender o adquirir bienes, realizar servicios, ejecutar una obra, fabricar un bien industrial o participar en un acto de comercio con el único objetivo de obtener un lucro en el negocio. Ningún sacrificio especial acepta el administrado por el hecho de que la Administración persiga un interés público en el mismo contrato pues el conflicto de intereses visto desde la perspectiva individual no es sustancialmente diferente al que opera en sus otras relaciones. La prestación podrá tener una trascendencia pública pero ello no deberá influir, según este pensamiento, en la utilidad del negocio y en el mútuo respeto de las partes. Se comprende, entonces, porqué el contrato de derecho privado constituye el símbolo más deseable para los contratantes particulares y - sus recelos en los contratos del Estado, que generan, en principio, incertidumbres y temores a la potestad administrativa.

Más aún, es actitud habitual entre los administrados - colaboradores exigir del ente público una mayor comprensión o tolerancia al tiempo de incidencias previstas o dificultades imprevistas propias de la ejecución de todo convenio, - so pretexto de la posición debilitada que aquel tiene y, sobre todo, amparándose en la confusión entre la figura de la Administración contratante y la Administración gestora del interés general, que es uno de los rasgos más característicos de la institución. El particular persigue su interés personal pero además exige implícitamente que la Administración lo tutele en el contrato. Este sentimiento generalizado de los individuos podrá, en ocasiones, no escucharse pero nunca debería desconocerse por los órganos de la Adminis

tración. El administrado exige siempre un comportamiento más equitativo y modélico de los administradores públicos que de sus oponentes en la contratación privada.

Por otra parte, la estimación del particular contratante ha evolucionado favorablemente en la moderna legislación. El respeto por los derechos individuales constituye premisa esencial del Estado moderno y la dignificación de la empresa como centro unitario de trabajo, motor de la economía nacional, afirmación rotunda de que parten todos los países occidentales. La pícara imagen del contratista decimonónico ha sido desplazada por la exaltación de la persona y de la empresa moderna que impulsa el desarrollo económico persiguiendo un justo lucro por su actividad.

Resulta entonces que la Administración, en su vertiente de fomento, no puede desconocer los avatares que atañen a sus colaboradores, se hace partícipe de sus problemas, y se ve obligada a moderar el rigor de los contratos mediante medidas paliativas de sus riesgos y dificultades; o bien utiliza la institución contractual para encauzar la inversión en sectores determinados, favorecer el desarrollo tecnológico, mejorar la estructura empresarial etc. mediante un conjunto de medidas definidoras de una política contractual, - cuyo estudio se hará más adelante. (43)

Se produce, pues, un paradójico conflicto entre la Administración parte intransigente en el contrato, en cuanto a precio, plazo y calidad, y la Administración impulsora y protectora de los sectores empresariales. Todo ello constituye un dato más a tener en cuenta al analizar la institución.

Convienne añadir algo más sobre la estructura jurídica de la colaboración interesada como figura negocial autónoma, pues aún cuando este concepto ha madurado al calor del contrato administrativo lo reputamos generalizable a todo el ámbito de lo contractual del Estado porque se funda en el propio deber ser del ente público y <sup>en</sup> el clima que debe presidir to-

das las relaciones voluntarias de la Administración con los administrados.

A este respecto es digno de destacar que en los últimos tiempos se habla con insistencia por la doctrina y la jurisprudencia, y tiene incluso reflejos legislativos, de una relación de colaboración entre los ciudadanos y el Estado como concepto superador al esquema de contrato común en la esfera pública. Las recientes aportaciones son sugestivas y aún -- cuando estemos lejos todavía de una formulación exacta, es posible sentar unas ideas generales. Si el contrato común se concibe como un conflicto de intereses contrapuestos, según sintetizó JELLINEK, en el que cada parte va a obtener la máxima ganancia a costa de la contraria, esta definición no debe ser válida en el ámbito público. El contrato del Estado trata de ser un equilibrio de intereses en orden a un fin común, basado en la confianza y la buena fé, que el particular acepta para llevar a cabo una comunicación de bienes y servicios, a sabiendas de una recta actitud del órgano administrativo que le obliga a él igualmente a adoptarla. La conducta de la Administración en los contratos no puede asimilarse a las actitudes humanas, tantas veces mezquinas, que se manifiestan en las peraciones privadas; ni el afán de lucro del particular le puede llevar a desconocer el interés público -- que está en juego en el contrato, como señalaba la sentencia de 15 de junio de 1972. (44)

## 2. La capacidad de obrar del colaborador; requisitos.

En principio, pueden ser parte en las relaciones de colaboración o contratos del Estado todas las personas físicas y jurídicas que tengan reconocida capacidad de obrar por el ordenamiento jurídico común al que corresponde indiscutiblemente explicar quienes son los sujetos de derecho. La potencialidad jurídica de las personas privadas como tales sujetos, no se modifica sustancialmente en las relaciones contractuales con la Administración. Hay sin embargo algunas parti-

cularidades que deben ser comentadas pues permiten dibujar una capacidad de obrar típica de los colaboradores al igual que hay una genérica capacidad de obrar frente a la Administración, según establece el artículo 22 L.P.A. (45)

El derecho civil presume la buena fé y la capacidad de obrar de los sujetos de derecho y, consecuentemente, se limita a establecer en el artículo 1.273 del Código civil, al regular el consentimiento contractual, las excepciones a aquella regla general que se refieren a los menores y a los locos. La capacidad de obrar contractual privada más que unas facultades incorporadas a la persona es una exigencia - una secuela inseparable de la misma. No se olvide además que para el derecho civil todos los sujetos de derecho son en principio iguales y todos los intereses respetables y defendibles en la misma medida.

El derecho administrativo parte también de la doctrina civil pero llega más lejos en cuanto a las condiciones personales de los colaboradores que pretendían vincularse con la Administración. No se conforma con presumir capaces para colaborar a los que el derecho civil habilita para contratar y exige calidades de índole moral, económica y técnica con el rango de requisitos condicionantes de su capacidad. Debe distinguirse pues entre una capacidad de obrar civil y una capacidad de obrar especial para la colaboración o personalidad administrativa típica de la contratación que estudiamos.

Tanto la legislación de contratos administrativos como la referente a los patrimoniales y la legislación de funcionarios precisan los cuadros de prohibiciones que afectan a los candidatos a la celebración de los referidos contratos. No se olvide que la idea matriz de los convenios de colaboración se halla en la recíproca confianza, la identificación de las partes en un fin común y en la mutua comprensión, pues la creación de este clima requiere unas calidades en ambas partes del contrato.

Las razones que abundan en favor de ese mayor rigor del derecho administrativo frente al civil son varias:

a. La defensa del interés público en el contrato no debe ponerse en peligro por la ausencia de una solvencia - y calidad moral mínima en los candidatos.

b. La realización práctica del principio de igualdad de los administrados ante el Estado aconseja eliminar aquellos individuos de los que cabe presumir una actitud desleal ante los competidores.

c. Las exigencias de la justicia aconsejan distinguir y premiar a los ciudadanos de honesto comportamiento, apartando de la contratación estatal a aquellos cuya conducta - profesional, fiscal, civil, etc. ha sido objeto de sanción o probadas irregularidades.

La capacidad de obrar en el derecho administrativo - tiene una dimensión más profunda que la escueta definición que de la misma realiza el Código civil. A éste le basta, - por regla general, la mayoría de edad de la persona; el derecho administrativo convierte en jurídicas cualidades morales y sociales para una mejor garantía de los intereses públicos.

Estas consideraciones teóricas tienen un reflejo muy relevante en el derecho positivo, abarcando a todas las figuras de los contratos del Estado. Pueden estudiarse, en este sentido el artículo 9 L.C.E. que fija las prohibiciones para contratar específicas de los contratos administrativos; los artículos 70 y 127 R.P.E. que se ocupan de establecer incapacidades especiales para ser, respectivamente, explotador de bienes patrimoniales o comprador de bienes inmuebles del Estado, llegando más lejos por lo que se refiere a la compraventa, de lo dispuesto en el número 4 del art. 1.459 del C.c. que se limita a eludir en sentido prohibitivo a los funcionarios públicos administradores de los bienes de aquél;

y el artículo 30 L.F.C. que establece requisitos peculiares de capacidad para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración como funcionario.

Esta normativa que se cita pone de relieve, en suma, que el administrado colaborador del Estado es una creación del derecho administrativo superpuesta a la noción de capacidad civil en cuanto aquél remodela los requisitos exigibles para plegarlos a las necesidades de la Administración pública. Se convierte el colaborador en un reflejo de la propia Administración, para favorecer ese clima de mútua confianza y respeto que debe presidir el contrato del Estado, y de aquí que la ética de aquélla impregne la configuración subjetiva del contratante privado.

## CAPITULO II

### NOTAS

(1) BOQUERA OLIVER, Poder administrativo y contrato, pag. 32. El párrafo que se transcribe a continuación es una afirmación típica deducida del enfrentamiento de las figuras del contrato clásico y la idea de Estado imperativo: "La persona con capacidad administrativa y capacidad privada, si contratata, no ejercita poder administrativo y si ejerce poder administrativo, no contrata... Ejercitar el poder administrativo y contratar son dos actividades que se oponen; quizá mejor, dos actuaciones siempre paralelas. Poder público y contrato son dos realidades que se excluyen." Y todo ello porque se parte de la idea para mí superada de que el contrato exige inexcusablemente una plataforma de igualdad, hipótesis del contrato clásico.

(2) MESSINEO, Doctrina general del contrato, pags. 50 s.s., citado por CASTAN.

(3) CASTAN, Derecho de obligaciones, pag. 404 "es de notar también que la teoría general del contrato no tiene ya la importancia doctrinal que tenía antes en el Derecho Civil, ya que, al ser construida por la panteptística alemana la figura central del negocio jurídico, han sido absorbidas por ella gran parte de los conceptos que tenían su emplazamiento en aquella teoría". Sobre la doctrina del negocio jurídico nos remitimos al propio tratado de este autor, tomo I.

(4) HERNANDEZ GIL, Derecho de obligaciones, pag. 272, "Impedir el enriquecimiento injusto constituye una de las finalidades generales del derecho de obligaciones. Todas las normas, más o menos directamente, tienden a lograr una equilibrada distribución de derechos e intereses en las relaciones de interdependencia". Vid. ARIÑO, Teoría del equivalente...., Debe matizarse sin embargo, se verá más adelante, - que así como en el derecho público el principio de igualdad de cargas exige el precio justo y la equivalencia material de las prestaciones en el derecho privado la equivalencia constituye una apreciación básicamente subjetiva y sobre la que las partes pueden en principio, decidir libremente, sin perjuicio de los correctivos fundados en la equidad.

(5) También aquí el juego de la "cláusula rebus sic stantibus" es diferente según nos situemos en el marco de la contratación privada o en el de la contratación pública. Habrá ocasión en posteriores capítulos de estudiar a fondo este tema que fué materia de una conferencia dada por el autor en el Banco de España, Principios rectores de la contratación del Estado ante los desequilibrios monetarios. Tam



bien ARIÑO, Equivalente, pág. 273 y ss.

(6) CASTAN, Derecho de obligaciones..., pág. 417. "Frente a las figuras contractuales clásicas en las que el principio de autonomía de la voluntad tenía un campo de aplicación casi absoluto, y en las que el contrato nacía del libre consentimiento de los contrayentes, han surgido en nuestro tiempo una porción de categorías contractuales nuevas que se caracterizan por un particular mecanismo de la formación contractual y por la debilitación de la sustancia consensual, que llega, en muchos casos, a anular casi de hecho la libertad de los contratantes y hacer dudosa la aplicación misma del molde conceptual del contrato." También SANTOS BRIZ, La contratación privada, pág. 32. "Al lado de la consideración jurídico-privada estricta del contrato, objeto principal de este trabajo, se ha desarrollado en la actualidad su carácter social, con predominio sobre el individual de épocas anteriores. El contrato ya no es solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que en nuestra vida económica y social ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes. La sociedad, representada por el Estado u otras entidades soberanas, se atribuye el control de una parte esencial del Derecho contractual. Se manifiesta esta fiscalización principalmente en los llamados contratos de masa a través de leyes que establecen en todo o en parte las condiciones contractuales para negocios jurídicos de importancia social".

(7) Aludimos aquí a la conferencia dada por el autor en la Academia Matritense del Notariado el 25 de octubre de 1974, sobre "Hacienda pública y hacienda privada: del conflicto a la interdependencia jurídica" publicada por el Servicio de Estudios de la D.G. de lo Contencioso. En aquella ocasión preconizamos decididamente la forma escrita como requisito esencial de validez de los contratos al objeto de conseguir una mayor transparencia y rigor jurídico en el tráfico privado y, simultáneamente, "La acción acreedora del Fisco cerca de los particulares".

(8) SANTOS BRIZ, La contratación..., pág. 30 y ss. donde se ocupa del fenómeno de la automatización o automatización en el mundo de las relaciones contractuales masivas. También queremos citar a nuestro antiguo Profesor de derecho civil ROYO MARTINEZ, Contratos de adhesión, en el Anuario de Derecho civil, Marzo de 1949 que reputo uno de los estudios más clarificadores y brillantes de este tipo de contratos.

(9) PUIG PEÑA, Fundamentos de Derecho Civil, tomo II volumen I, pag. 44. El autor añade "El concepto de libertad de contratación no debe encubrir el hecho de que muchas veces la posibilidad de contratar se ofrece al individuo en condiciones de desigualdad, por lo que, el lugar del llama-

do principio de la libre competencia ha de dominar el de la competencia real..., la reciprocidad contratual no ha de -- ser simplemente entendida en sentido formalista, sino que -- una y otra prestación han de poder ser comparadas para de-- terminar si entre las mismas existe cierta equivalencia de hecho... el desequilibrio que exista entre las prestaciones de un contrato ya celebrado puede ser considerado como la -- señal de que también ha existido desequilibrio en la volun-- tad de las partes en el momento de celebrarlo."

(10) PUIG PEÑA, obra citada, pag. 260. Vid. también GARRIDO FALLA obra citada, pag. 375 y ss.

(11) CASTAN, obra citada, pag. 81 y ss.

(12) CASTAN, obra citada, pag. 87 y ss.

(13) Parece oportuno hacer referencia aquí a la figura de los contratos forzosos o impuestos, que gracias a la competencia de órganos del Estado se marca a las partes no sólo el contenido de la relación sino además la constitu-- ción obligada de la misma. Como dice Diez Picazo, los llama-- dos contratos forzosos, en Anuario de Derecho Civil, Mar-- zo de 1.956, pag. 85 y ss., "donde hay imposición, no pue-- de haber contrato". En opinión de este autor "todo caso de contrato forzoso se resuelve en la creación de una relación jurídica por la Ley o por un acto administrativo o por un acto jurisdiccional." Son casos de contratos forzosos, la -- venta de trigo a los servicios del Estado, la venta de di-- visas al mismo, la impropriadamente llamada fianza de alqui-- ler, el seguro obligatorio de vehiculos y viajeros... para a algun aqtor (Osorio) "se está en todos estos casos fuera de la contratación privada y en la esfera de los imperati-- vos de Derecho Público." Además de estas figuras se podría hacer referencia aquí a algunos supuestos de obligación de contratar que ofrecen nuestro ordenamiento; transferencias obligatorias de electricidad entre Compañías concesionarias, obligación de distribuir productos sometidos a régimen de -- cupos, obligación de arrendar viviendas vacias etc.

(14) Nos remitimos a las citas hechas en el Capítulo I en relación con la misma cuestión. A las ya relacionadas añadimos lo siguiente MONEDERO Y SERRERA, Estudios sobre -- lo Contencioso ordinario del Estado, tomo III de los Ana-- les de la Dirección General de lo Contencioso. "De la doc-- trina del Estado-fisco nació aquella otra, también supera-- da, de la doble personalidad del Estado, pública y privada. Vino a ser el cómodo artilugio que se inventó la doctrina -- para dar una explicación a ese binomio de derechos públicos y privados que podía ostentar la Administración, llevándolo a -- sus últimas consecuencias. En seguida se formuló una nueva tésis, hoy imperante, que atribuye a la Administración una personalidad única, de carácter público, pero que se mani--

fiesta a través de una doble capacidad de obrar; afirma - que el Estado ostenta una sola personalidad jurídica para la defensa del interés colectivo y doble capacidad de obrar: según el derecho público o según el derecho privado. Cuando actúa en el primer sentido, su personalidad potencia pública está investida de poderes soberanos y los actos que - de ella emanan se sujetan a las normas del derecho administrativo, revisándose en la jurisdicción contenciosa de este nombre. Cuando el Estado opera en sus negocios con relaciones y actos sometidos al derecho común, queda obligado en este Derecho como un particular, sujeto de derecho, y la jurisdicción ordinaria conoce de las pretensiones. El verdadero valor de esta tesis es evidenciar que el Estado no es solo - una suma de poderes, sino también un ente orgánico capaz de las mismas relaciones que una entidad privada; esta "humanización" del Estado es el mayor mérito, porque respecto a la esencia del problema, estamos muy lejos de aceptar en sus - propios términos la formulación doctrinal".

(15) La idea esencial sobre la que se desea insistir es la de que todos los intereses, privados y públicos, son patrimonio de las personas privadas, naturales y jurídicas; es decir, de la comunidad. No debe incurrirse en el peligroso error de personificar el interés público en el Estado de forma que se desprenda de los individuos. A este respecto, en el trabajo citado en la anterior nota decíamos: "La Administración, como manifestación operante del Estado, no puede ser sujeto de derecho en sentido propio, cuando la misión trascendente de aquél es la creación y derogación de las normas jurídicas por las que se rigen estos sujetos; en un somero estudio se atisba en seguida la anomalía que significa atribuir personalidad civil al poder público, siendo una categoría filosófica más allá del Derecho. Desde un punto de vista privatístico, si hubiese que definir al Estado, en el terreno de la personalidad, habría que calificarlo como el Organismo administrador de una comunidad de intereses, - pero ni aquél es otra cosa que un simple gestor o apoderado, ni la segunda es algo más que la suma de los sujetos de derecho administrados".

(16) Volvemos a citar a J.J. ROUSSEAU, Du contrat social, Ginebra 1.947, Pág. 214. El famoso autor dice: "Recibe el nombre de soberanía el poder absoluto del cuerpo político sobre todos sus miembros dirigido por la voluntad general". Compárese esta doctrina con la que mantiene el art. 6 L.O.E. conforme a la cual el Jefe del Estado "personifica la soberanía nacional".

(17) Las citas anteriores están recogidas de GARCIA OVIEDO, Pág. 43 y 135. Vid. también GARRIDO FALLA, Pág. 27, 329 y ss. Para este autor la tesis de la personalidad jurídica del Estado es un axioma indiscutible: "Por las razones aducidas nos mostramos decididos partidarios de la admisión de -

la tesis de la personalidad estatal como pieza clave para la explicación de las relaciones jurídico-administrativas y jurídico-privadas que pueden surgir entre el Estado y los particulares, pues tanto unas como otras encuentran en la existencia de dicha personalidad su solución. Se trata, pues, de una persona con doble capacidad jurídica, de derecho público y privado, sin que sea necesario recurrir, por supuesto, a hablar de una doble personalidad del Estado."

(18) Cabría hacer la siguiente pregunta, ahora bien ¿como dar una existencia operativa y unitaria a esa comunidad de individuos a quienes los órganos representan? ¿y como referir todos estos órganos a un solo Centro de imputación jurídica? Es decir, se trata de buscar un núcleo de responsabilidad básica en sus aspectos activo y pasivo. Vid. sobre este tema ARIÑO, La Administración institucional y particularmente GALLEGU ANABITARTE, Derecho general de organización. Pág. 382, "El concepto de Estado persona-jurídica llevaba no ya un estricto concepto de relación jurídica, con su insatisfactoria explicación de fenómenos orgánicos, sino a una construcción formal de las funciones estatales, donde el concepto de Gobierno y de poder desaparecía ¿No está más cerca del derecho público una comprensión objetiva institucional del Estado? ¿No es éste el concepto de la LOE que habla de una comunidad o sociedad nacional, siendo la institución suprema el Estado, cuyos más importantes órganos reciben el poder político y administrativo?."

(19) La tesis de la humanización del Estado busca simbolizar la idea siguiente: que el comportamiento del ente supremo, bien sea por la sujeción del mismo a la norma o bien por simples razones pragmáticas, debe ser similar al de una persona jurídica individual; más aún, las actuaciones de aquél deben erigirse en arquetipo, en esquema ético de buena conducta. Vid. GALLEGU, obra citada. Pág. 375. "La persona Estado así considerada y la persona individuo tienen fines distintos o diferentes que cumplir, sin que por ésto creamos que son opuestos, divergentes ni contradictorios; ni caigamos tampoco en el absurdo de suponer que el de la sociedad es más grande, en el concepto de ser primero y preferible al del individuo. El fin de la humanidad está en el individuo; el de la sociedad es procurar que éste, con el auxilio de los recursos que solo de la asociación nacen, llegue al suyo respectivo mejor y más pronto."

(20) El art. 1 de la L.R.J. constituye la consagración de la tesis que criticamos. Dice: La Administración del Estado constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única". GARRIDO FALLA, Obra citada, Pág. 337. Acepta la tesis del precepto transcrito diciendo: "Todo esto explica que el único texto positivo español que habla directamente y sin rodeos de la personalidad pública la atri-

buya cabalmente a la Administración, sin ninguna referencia a los demás poderes del Estado. Vid. también GALLEGO ANABITARTE, Obra citada.

(21) El Profesor GARRIDO FALLA no extrae las consecuencias lógicas de calificar a la Administración pública -- como un ente administrador: los administradores representan, defienden y gestionan los intereses ajenos. No se vé la necesidad de "personificar" al grupo de administradores pues, se ha dicho, estos nutren su personalidad absorbiendo los poderes que le atribuyen los individuos.

(22) El concepto de derecho administrativo es uno de los capítulos más importantes de nuestra ciencia. Para MEILAN El proceso de la definición del derecho administrativo, ENAP, 1.967. "De todas las consideraciones anteriores y aún siendo consciente de la relativa importancia de la definición por -- las razones antes aducidas, puestos en el trance de tener que proponer una definición, ésta podría formularse en los siguientes términos: derecho administrativo es el derecho común relativo a la regulación y gestión subordinada de intereses colectivos". En los últimos tiempos la consideración del derecho administrativo como derecho común y normal, dotado de -- fuentes de nutrición propia y de un cuadro eficaz de principios generales, va ganando terreno. El primero que afirmó esta doctrina fué BALLBE en N.E.J. Seix. Anteriormente GARCIA OVIEDO había abierto ya camino a la tesis, seguido de CLAVERO en 1952, Consecuencias de la concepción del derecho administrativo como Ordenamiento común y normal. Más recientemente ARINO, Prelección Sobre el concepto de Administración pública y el derecho administrativo, Madrid, 1.973. Pági. 58. "Y el derecho administrativo es el derecho común que regula la organización y funcionamiento de la Administración pública subjetivamente considerada, y la actividad de todos aquellos -- sujetos --sean o no Administración-- que ejercen competencias específicas atribuidas por el ordenamiento o delegadas por el poder público."

(23) Vid. MARTIN BULLINGER. Derecho público y derecho privado, Pág. 56 y ss.

(24) MONEDERO Y SERRERA, Obra citada. Todos los actos del Estado tienen como constante el fin público, para cuyo logro la Administración adopta diversos caminos: unas veces -- crea un derecho peculiar que regula íntegramente la relación o negocio, como sucede en los actos tributarios o en el régimen de funcionarios; en otros casos acepta las figuras servidas por el derecho privado, pero las moldea al servicio de la causa pública, como sucede en los contratos administrativos; y en otros supuestos, acepta el derecho privado, pero dejándole que fluya en unas arterias administrativas previamente delimitadas, tal cual manifiesta la legislación del Patrimonio del Estado. La simple y pura aceptación del derecho privado creemos que no se da en ningún caso en los actos de la Admi--

nistración, ni desde luego sería conveniente porque implicaría un desconocimiento de su razón de ser y de los intereses privilegiados que aquélla persigue. Vid. también VILLAR PALASI, Derecho administrativo, Pág. 72 y ss. Distingue las siguientes situaciones: a) el manejo in toto -por remisión- como base del acto administrativo: es el manejo típico de los actos fiscales.... b) el manejo instrumental del derecho privado en relaciones de derecho administrativo.... c) el manejo singular del derecho privado, se contempla en este supuesto el llamado "ius privatus singulares" de la Administración... d) el derecho privado común como derecho general supletorio de segundo grado.... y e) el derecho privado como límite de la acción administrativa."

(25) Vid. GARCIA DE ENTERRIA, La figura.....; SANTI ROMANO, Poder y potestad....; RAMON MARTIN MATEO, La sustantividad del derecho administrativo, RAP, 53; BOQUERA OLIVER, Poder administrativo y contrato, Pág. 24. "El poder es una -posibilidad de hacer, un potencial de actos. El poder jurídico es un potencial de actos jurídicos, o, si se quiere, la facultad de producir actos con efectos jurídicos (derechos y obligaciones). El poder jurídico-público es la posibilidad de crear e imponer unilateralmente efectos jurídicos; la posibilidad que tiene una persona de crear e imputar situaciones jurídicas a otras personas, sin necesidad de que éstas lo consientan."

(26) BOQUERA, Obra citada...., Pág. 19.

(27) MONEDERO GIL, La vía gubernativa y el acto de conciliación, Anales de la DirreGral. de lo Contencioso, Tomo I, 1961, Pág. 228. "La vía gubernativa es, ante todo, el previo conocimiento de la cuestión civil discutida que se reserva el poder ejecutivo como antecedente del enjuiciamiento que compete al poder judicial. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1944 cala certeramente en lo que aquí se mantiene: la reclamación en la vía gubernativa previa a la judicial, cuando al Estado o a sus organismos se les considera obligados, responde a la esencia de la función de gobierno, a la cual es inherente la facultad jurisdiccional administrativa..... El conocimiento previo es, pues, una manifestación de los poderes de que está dotada la Administración para regir la gestión asumida y enderezarla a sus diversos fines. Aquel acto de voluntad pública va precedido del expediente que documenta los hechos, a cuyo final se halla la decisión o acuerdo. El procedimiento se denomina vía gubernativa porque quien conoce de él es la Administración y por considerarse en sí -acción de Gobierno".

(28) En contra de la tesis de BOQUERA, que no admite que la potestad administrativa pueda amparar la constitución de relaciones jurídicas voluntarias o contratos, se encuentra nuestra contratesis de la potestad administrativa contractual, o sea, del poder administrativo como facultad jurídica concedida por las leyes.

(29) GARCIA OVIEDO, Obra citada, Pág. 19, lugar de donde se ha tomado esta cita y donde se encuentran otras - concordantes.

(30) GARCIA DE ENTERRIA, Verso un concetto di Diritto amministrativo come Diritto statutario, RTDP, núm. 2-3, 1960, pags. 317-341.

(31) MONEDERO GIL, Principios rectores, "El poder público no es fuerza y prohibición sino mandato otorgado por la comunidad para dirigir, encauzar y coordinar a los individuos hacia el bien común; y de aquí que no haya otro poder legítimo que las competencias y funciones que las leyes conceden a los administradores públicos, de cuya fuente tomarán su legitimidad y ejecutividad los actos administrativos que aquéllos dictan a modo de reflejos parciales de la autoridad de la norma ante los individuos. El poder público, en fin, es una categoría creada por las leyes; es solo una potestad jurídica atribuida a determinadas personas que ejercerán la misma frente a los administradores, en el marco de una Administración pública independiente ante lo político y responsable ante lo judicial.

Al lado de los actos administrativos, generales y singulares, que definen unilateralmente situaciones jurídicas obligatorias de los administrados, aparecerá en base a esta potestad la situación jurídica contractual en cuyo mérito - el administrado asume también obligaciones, pero de forma voluntaria frente al Estado a cambio de una contraprestación. En la actividad administrativa contractual los órganos de la Administración conquistan los objetivos de las leyes, administran los intereses públicos y ejercitan, en fin, las potestades públicas sin imperio ni coacción, captando la voluntad de los administrados para que su conducta armonice - con el interés público".

(32) La afirmación expuesta no significa que la voluntad del individuo que encarna accidentalmente al órgano de la Administración pueda ni deba ser dominante al tiempo de la definición del interés público; lo que es interés público no lo enuncia la Administración sino la ley, de aquí que los actos emanados de aquél, para ser válidos, tengan, en todo caso, que sujetarse a la norma. No obstante hay -- siempre la ejecución y aplicación de las normas un margen razonable de apreciación o de juicio discrecional que es por donde puede introducirse la vivencia política deformante. - Vid. FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, 1958, - pág. 279 y ss.

(33) GALLEGO ANABITARTE, Derecho general de organización, Pág. 245 y ss. "La cuestión doctrinal y teórica de

distinguir la función política y la administrativa, cuya importancia no deja de resaltarse con los más altos adjetivos en la literatura jurídica administrativa, está dominada por un enfoque que yo llamaría el estilo "procesal" o - del administrado. Lo que preocupa son los actos del Estado que están exentos del control judicial, y pueden representar un verdadero peligro para los derechos del ciudadano, o la situación de los particulares. Pero este punto de partida, tan parcial, es imposible que llegue a una comprensión y penetración jurídico dogmática de lo político y administrativo en el Estado moderno". Vid. también BOQUERA OLIVER, Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa, RAP, núm. 40.

(34) GALLEGO ANABITARTE, Obra citada, Pág. 255. "Es necesario romper tanta ganga nominalista y semántica. No importa mucho que se hable de actos políticos, actos de gobierno, actos políticos de gobierno, etc., cuando lo que está en juego es evidente: la afirmación de una indeclinable potestad discrecional del Gobierno y de la Administración y - del Estado para resolver determinados asuntos y tomar determinadas medidas, sin ningún tipo de control judicial."

(35) Somos absolutamente partidarios de una reforma sustancial de las estructuras orgánicas y jurídicas de nuestra Administración pública, basada en la neutralidad política de los servicios públicos, la descentralización de las decisiones y actos administrativos, la estabilidad de los sistemas organizativos de unidades y funcionarios, en un relativo autogobierno de la función administrativa, jurisdicción profunda de los comportamientos administrativos y participación directa de los administrados en las propias estructuras administrativas al objeto de que sean escuchados en las decisiones que directamente les puedan afectar....

(36) Hay dos preceptos claves en este punto el núm. 2 del art. 10 L.R.G. y el art. 67 L.A.C. El primero define las facultades del Gobierno en orden a la redacción definitiva de los Presupuestos generales del Estado y el segundo la facultad de los Ministros para aprobar los gastos propios de su Departamento.

(37) Pueden estudiarse a este respecto las disposiciones transitorias 1ª y 2ª del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3.410/1.975 de 25 de noviembre. A través de estos preceptos, y en la forma que ellos indican, penetra toda la normativa de la legislación de contratos del Estado en el tráfico de las empresas nacionales y de aquellas otras entidades en las cuales la participación pública sea mayoritaria.

(38) Dentro de la reforma administrativa que preconizamos se hace preciso decidir el status de los órganos de gestión en su doble aspecto: centros de decisión y centros -



de propuesta de decisión superior.

(39) Vid. aquí GALLEGU, Obra citada, Pág. 311 y ss.

(40) GARRIDO FALLA, Volúmen 1, Pág. 363. Define distintos supuestos de actividad administrativa del administrado por vía de colaboración: ejercicio privado de funciones y servicios públicos (la denuncia-deber, obligaciones de ciertas profesiones, detención de delincuentes, acción popular....), los funcionarios de hecho y la gestión de negocios a favor de entidades administrativas.

(41) El principio de igualdad de todos los ciudadanos es una de las piezas clave de la gestión de los intereses públicos e inspira la solución de múltiples incidencias que acaecen en el ámbito contractual. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, - Riesgo y ventura....., Pág. 108, hace aplicación del principio en los casos de grave onerosidad sobrevenida ya que en definitiva, la situación de interés es la misma: se trata de un perjuicio del servicio público que en consecuencia debe ser soportado por la comunidad y no por miembro alguno de ella en particular.

(42) Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, año.1960-71, Pág. 13. Vid también sobre el tema de la participación de los administrados NIETO, La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo, RAP 75, Pág. 9.

(43) El Capítulo siguiente se hace una exposición de lo que denominamos la estrategia contractual. Ello significa colocar todo el bloque obligacional al servicio de unas finalidades trascendentes que son compaginables con los fines inmediatos del contrato.

(44) ARIÑO, Equivalente....., Pág. 230 y ss. El autor hace una acabada exposición sobre la filosofía de la colaboración y sus consecuencias prácticas. Véase más adelante, en el último Capítulo de este trabajo, la opinión del autor sobre el concepto de la colaboración y sus proyecciones contractuales.

(45) Sobre la capacidad jurídica genérica del administrado véase SERRANO GUIRADO, voz Administrado en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix t. II pág. 378. En la bibliografía española puede consultarse también el trabajo de M. Cuevas, La teoría jurídica del administrado, en la Revista de Derecho Público, 1932, págs 73 y ss. Citado por GARRIDO, - vol. 1 pág. 356.

C A P I T U L O    I I I

LOS FINES DE LA INSTITUCION

## C A P I T U L O   I I I

### SUMARIO

#### LOS FINES DE LA INSTITUCION

##### I.- FINES DEL CONTRATO DE OBRAS

1. Ideas generales

##### II.- LA SATISFACCION DE LAS NECESIDADES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS

1. Ideas generales
2. La conversión de las necesidades individuales en públicas
3. Las necesidades reales de los servicios públicos
4. Instrumentos manejables por la Administración para satisfacer las necesidades de los servicios
  - A. El Estado-empresa
  - B. El Estado-poder
  - C. El Estado-cliente
5. La técnica del contrato para la consecución de compromisos con los administrados; el Estado gerencial

##### III.- LA DEFENSA DEL INTERES ECONOMICO DEL ESTADO

1. Ideas generales
2. La problemática financiera
3. El conflicto entre la Administración financiera y los contratos del Estado
  - A. Anualidad y plazo de ejecución
  - B. Unidad y programa de inversiones públicas
  - C. Especialidad y agilidad financiera
  - D. Sentido restrictivo y dinámica óptima contractual
4. Influencia conformadora del factor financiero en lo contractual
  - A. La defensa de las previsiones presupuestarias
  - B. Evitar malversaciones en la gestión contractual
  - C. El logro del mejor precio
  - D. El control del gasto en la contratación.
5. Influencias deformantes del factor financiero en lo contractual

##### IV.- LA ESTRATEGIA CONTRACTUAL DEL ESTADO

1. Posibilidades operatorias del contrato del Estado
2. El contrato del Estado y la política económica
3. El contrato del Estado y la política social
4. El contrato del Estado y el desarrollo tecnológico e industrial

### CAPITULO III

#### LOS FINES DE LA INSTITUCION

##### I. FINES DEL CONTRATO DEL ESTADO.

###### 1. Ideas generales

En el Derecho civil los autores se han preocupado de -- fijar los fines económico-sociales de la institución contractual y los han explicado desde un doble aspecto.

Por un lado, llaman la atención sobre la plataforma so-- cio-económica que sirve de soporte a las comunidades políti-- cas occidentales, caracterizadas por las libertades persona-- les y patrimoniales y el principio de división del trabajo. Los ciudadanos, con ocupación especializada y patrimonio ine-- suficiente, tienen que acudir a los bienes y servicios que -- otros ciudadanos producen para cubrir sus necesidades. El -- contrato, símbolo de trueque y reciprocidad, permite ese flu-- jo económico constante de unas a otras economías privadas, -- facilitando la satisfacción de las apetencias individuales -- y el progreso general. Pero, por otro lado, completan la idea destacando como fin del contrato, en su sentido institucional, el constituir un medio de aságu<sup>ra</sup>miento jurídico de los inte-- reses privados que fluyen en ese tráfico económico. La función económica y la seguridad jurídica son, en definitiva, la jus-- tificación de la existencia de esta institución en el marco del derecho positivo privado.(1)

Si nos trasladamos al campo de la contratación del Es-- tado el comentario expuesto no pierde su validez, si bien -- adquiere la coloración peculiar que se expondrá. El fin del contrato del Estado es desde el punto de vista socio-econó-- mico, permitir un intercambio de bienes y servicios entre -- la Administración y los administrados, para la satisfacción de las necesidades que el ente público siente y que debe cap-- tar de los patrimonios individuales, con el consentimiento --

interesado de sus titulares. Desde el punto de vista jurídico la institución de los contratos del Estado posibilita además la existencia de un marco de seguridad para los intereses de las partes de manera que los compromisos estén dotados de la protección del Derecho.

Ahora bien, como las necesidades de los órganos no tienen otra explicación que la conquista de sus fines competenciales el fin de la institución cabe identificarlo, en suma, con los fines plúrimos de la propia Administración. El análisis del conflicto entre los fines o intereses públicos y el interés privado en un clima de seguridad jurídica, deviene el punto capital para la configuración del sistema.

De aquí la importancia del análisis en concreto de las exigencias de este fin o interés público que opera peculiarmente en los contratos del Estado para comprender la fisonomía de la institución. La coordinación de intereses contrapuestos, debe recordarse una vez más, es el trasfondo que abraza el contrato y aquélla no puede conseguirse en el contrato del Estado sin conocer cuales son las exigencias de ese interés público presente en el negocio. Como dice PUIG BRUTAU, "no se trata tanto de saber si en determinado caso existe un contrato, como de saber qué intereses han de quedar protegidos por los preceptos agrupados en torno a semejante concepto. La necesidad de dar una solución justa al conflicto de intereses suscitado entre los contratantes supone la actuación de un elemento más eficaz que el consistente en determinar si hubo un acuerdo de voluntades". En otras palabras, que la coordinación del interés público y privado es la clave de la instrucción que nos preocupa. (2)

Podía pensarse que el análisis del interés público en la esfera contractual es superfluo, habida cuenta de que este dato es común a todos los actos y negocios de los entes públicos. Algunos autores incluso dan todo el énfasis a la intervención de la Administración y a las peculiaridades de su tráfico como factor de conversión de las figuras contractuales

privadas. Pero esta idea es cierta solo en parte. La presencia de la Administración en cualquier relación (propiedad, herencia, créditos....) conlleva, de modo general, un actuar regido por ciertas premisas típicas, pero solo investigando las exigencias específicas del interés público en cada supuesto permite comprender en profundidad el por qué de la exacta naturaleza o configuración de la relación afectada. (3)

## 2. La causa y el fin en el contrato del Estado.

Conviene recordar, por otro lado, la diferencia entre la causa y el fin de los contratos del Estado para poder avanzar en el estudio objetivo de los fines de la institución.

La doctrina de la causa en el contrato privado, requisito esencial de validez, nos explica su porqué inmediato y jurídico en el ámbito de los intereses recíprocos que acotan las partes al prestar su consentimiento. No es preciso que el derecho civil vaya más allá en busca de un fin, ni más atrás en busca de los motivos, para dar virtualidad jurídica concreta a la declaración de voluntad, por la trascendencia limitada de los negocios privados: solo dilucidan un conflicto de intereses individuales y lo pactado no afecta generalmente a los terceros ajenos a la operación. Sin embargo, en la contratación del Estado, donde uno de los sujetos es la propia Administración, que solo puede actuar en busca del interés público porque carece de intereses privados en sentido estricto y cuanto realiza, por ende, es de trascendencia general, la doctrina civil de la causa es un dato secundario para comprender la institución. Hay que insertar el negocio en las coordenadas del quehacer público e indagar su génesis en un marco más amplio que la reciprocidad o razón jurídica próxima de las prestaciones contractuales, si se quiere conocer el verdadero fundamento del sistema. (4)

En otras palabras, el para qué o fin del contrato minimiza el por qué que le sirve de inmediato fundamento; esto es, "la prestación o promesa de una cosa o servicio" que es la causa típica para las partes de los contratos onerosos, los mas frecuen

tes en la esfera administrativa, no explican por sí el comportamiento de la Administración que solo encuentra su verdadera causa en el fin público a que sirve el órgano cuando utiliza el procedimiento contractual. El fin público es el "prestigioso/tercero" del contrato del Estado cuya dignidad y prerrogativas impulsarán a que la institución se desenvuelva en un plano diferente. (5)

Cabe ahora preguntar ¿que cosa es este interés o fin público, elemento animador que infunde su personalidad a la institución y a cada uno de los tipos contractuales que comprende?

En efecto, el fin público, el interés público, la utilidad pública, el bien común etc. son conceptos que constantemente se manejan en los textos legales y políticos y que aunque su filosofía radical bien se entiende es lo cierto que para conocer su alcance es imprescindible despojar a estas ideas abstractas de su generalidad y tratar de deducir conclusiones concretas en el tema que nos ocupa. Como se dijo en otro lugar, hay que extraer del plano filosófico el sentido relativo y pragmático que la noción de interés público guarda de cara a los contratos.

Es necesario, a este respecto, desmitificar el interés público, bajarlo del pedestal a que algunos juristas, imbuidos, sin duda, por ideas más o menos totalitarias, lo han elevado en la doctrina y el derecho positivo. Como decíamos en otro lugar, si se maneja un concepto del interés público a modo de categoría axiomática, idealista y sublimada no es posible construir la técnica del contrato del Estado. Las secuelas de un interés público convertido en dogma administrativo cuyo definidor, por supuesto, lo sería el propio Estado, impulsa a decisiones de la Administración intransigibles e irrenunciables; atendiendo a estas directrices no es posible configurar una voluntad pública capacitada para el -

diálogo contractual. (6)

El tema del interés público debe estudiarse con mucha más sencillez y concreción. El interés público es un concepto realista, pragmático y relativo cuyo alcance solo puede ponderarse de cara a una institución o situación jurídica determinada en la cual abrigue un conflicto con un interés privado. El binomio interés público-interés privado es solo un problema de conveniencia de la comunidad o de los individuos y, por ende, susceptible de pacto o negociación si a través de estos actos aquél encuentra la vía más idónea para su realización.

Pues bien, en el interés público inmerso en la institución de los contratos del Estado cabe distinguir dos componentes prácticos; la búsqueda del sistema contractual más idóneo para la satisfacción de los distintos tipos de necesidades de los servicios públicos; y la defensa del interés económico del Estado en los convenios que celebra. El estudio de ambos componentes será el tema del presente Capítulo.

## II. LA SATISFACCION DE LAS NECESIDADES DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.

### 1. Ideas generales.

El interés público contractual se identifica, en primer lugar, con las necesidades de bienes y servicios de las distintas unidades competenciales de la Administración o, lo que es semejante, de los servicios públicos gestionados por la misma, conclusión esta última válida si se acepta un concepto del servicio público como simple delimitación funcional de áreas concretas de la actividad administrativa. Si el concepto de servicio público se matiza con una perspectiva más estricta, ciñéndolo exclusivamente a las actuaciones de la Administración que determinan prestaciones continuadas y directas en favor de los ciudadanos, no es posible aceptarlo como válido en el campo de la con-



tratación del Estado y se convierte la noción en un elemento perturbador. (7)

La doctrina del servicio público que tuvo en otro -- tiempo, cuando el Estado liberal, el mérito de brindar una mejor comprensión de las funciones dinámicas de la Administración, sobre la base de analizar el régimen jurídico de sus unidades de acción como si se tratase de ~~compartimentos~~ estancos, debe estimarse hoy superada. La Administración moderna es un todo unitario y coordinado, es toda ella un servicio público dotado de plúrimas facetas interdependientes, orgánicas y procesales, según la índole de los objetivos a lograr para la causa general.

La noción de servicio público, sin embargo, sigue siendo válida en el campo de la contratación del Estado pero desde otra perspectiva diferente. Definido el servicio público como una unidad de acción pública para objetivos determinados, que se desenvuelven mediante unos cauces genuinos, la conexión de aquéllos con la prestación contractual nos servirá para poner de relieve la índole del interés público protegible en el negocio. Las características de las aspiraciones y necesidades del interés público se deducirán de las propias exigencias del servicio. De aquí la trascendencia del análisis de las necesidades públicas como representación cosificada del interés general.

## 2. La conversión de las necesidades individuales en públicas. (8)

Hay un origen remoto en la génesis de los contratos del Estado: aquélla en que se convierte una necesidad individual o privada en necesidad pública y la Administración asume la obligación de satisfacerla en beneficio de la comunidad. El hecho de que sea siempre el ciudadano sujeto de la necesidad y el que la satisfacción de ésta se consiga en todo caso mediante bienes y servicios, incluso las aspiraciones de orden y justicia, -- otorga una unidad inicial al tema de las necesidades humanas de la que se puede extraer ya una conclusión interesante:

la Administración al promover las necesidades públicas -- produce bienes y servicios para disfrute de los administrados.

La conversión de una necesidad privada en necesidad pública a cargo del Estado tiene variados fundamentos y su estudio enlaza con las premisas de la Hacienda pública y con el por qué de los servicios públicos.

Desde la óptica financiera la cuestión reviste extraordinario interés habida cuenta de que la expansión que se conceda a las necesidades colectivas a costa de las necesidades sujetas a la satisfacción individual, implica un correlativo aumento del ámbito de la Hacienda pública en sus vertientes activa y pasiva.

De aquí que los hacendistas se hayan preocupado de indagar la razón de la conversión en públicas de determinadas necesidades sobre la base de barajar criterios económicos y políticos. Los económicos llaman la atención sobre el coste de los bienes y servicios y argumentan en favor de la conversión cuando gracias a la gestión estatal pueden obtenerse gastos de producción más reducidos. Los políticos, por el contrario, dan mayor énfasis a las exigencias sociológicas de las comunidades modernas insaciables en su afán de bienestar y, sobre todo, a la interpretación que los grupos gobernantes hacen del fenómeno en una etapa histórica determinada para servir a los ideales imperantes.

En este sentido afirma Naharro Mora: "Distinguiendo dos grupos de tipos políticos, a los que tienden a parecerse mas o menos las sociedades políticas de la realidad: un grupo cooperativo (Estado democrático) y un grupo monopolista (Estado autocrático) se tenderá en el primero a fijar como necesidades públicas o comunes aquellas que se satisfagan con menor coste por medio de la agrupación, y en el se-

gundo aquellos que correspondan a los deseos de los políticos dominantes". Según la tesis de este autor el manejo de los criterios económicos o políticos depende de la representatividad del grupo gobernante. Lo deseable sin embargo, es que los criterios económicos se dosifiquen siempre en el seno de las decisiones políticas y que cuando aquéllos deban ser sacrificados lo sea siempre para propiciar un interés comunitario superior, opinión que debe ser válida cualquiera que sea la ideología del sistema.

### 3. Las necesidades reales de los servicios públicos.(9)

La doctrina del servicio público permita una aproximación más completa al tema de la conversión de las necesidades. Cuando los administrativistas se plantean el problema de las razones que fundamentan la creación de los servicios públicos, cuyo contenido último no es otro que la gestión de las necesidades colectivas asumidas por el Estado, se preocupan más que de las razones económicas y políticas, como hacen los hacendistas, de las razones técnicas y de buena organización jurídica que deben inspirar su establecimiento y funciones. De este modo apuntan las ideas de regularidad, continuidad y seguridad en la satisfacción de las necesidades como datos que debe respetar la Administración al crear y gestionar los servicios públicos, y prestan toda la atención que merecen a las formas que debe revestir esta actividad, aspecto que lógicamente queda al margen de la preocupación de la ciencia de la Hacienda.

La conversión de lo privado en público acarrea en este como en otros muchos campos, una serie de consecuencias jurídicas que deben ser comentadas. Por una parte, se deduce de lo expuesto, la creación o ampliación de un servicio o unidad administrativa en la estructura orgánica de la Administración al que se atribuyen las competencias y se le aprueban las normas a que debe sujetar su actuación. En mérito de esta operación jurídica los bienes y servicios

que constituyen el objeto de la necesidad colectiva pasan a ser las necesidades del servicio público o, lo que es - lo mismo, de la propia Administración. El servicio público queda constituido así como un núcleo de acción en el - área del quehacer administrativo y como un foco de demanda económica. La pluralidad de las necesidades públicas - se corresponde con la variedad de los servicios públicos y de los órganos que se crean para su gestión cuyo conjunto jerárquicamente coordinado es <sup>el</sup> componente molecular de la Administración.

Sin embargo, el proceso de creación de los servicios no es tarea de la Administración sino del poder legislativo ya que a ésta solo incumbe su gestión. Cada conquista del sector público sobre el privado es fruto de norma jurídica definidora de la nueva competencia y del alcance de las obligaciones económicas a cargo del Estado. Esta norma es, desde el punto de vista financiero, la Ley de Presupuestos, si bien las autorizaciones de gastos que contiene no encuentran su explicación en este documento y hay - que acudir para comprender los fines de los servicios y - el alcance de sus prestaciones a normas previas como son el Derecho administrativo y, en otro plano, las leyes aprobatorias de los planes y programas de inversión a largo - plazo.

Es lo cierto que al ir integrándose los servicios en la Administración por la vía del derecho se produce un doble efecto en el campo de las necesidades de bienes y servicios asumidos como públicos. Por un lado la integración provoca una expansión de la estructura orgánica permanente administrativa con exigencias de bienes y servicios peculiares al lado de los bienes y servicios que debe prestar al administrado. Paralelamente a la producción de bienes y servicios que directamente se aplican a la necesidad colecti-

va deben obtenerse también del sector privado otra gama de bienes y servicios que deben ser consumidos para sustentar la misma organización.

No cabe imaginar consecuentemente, la existencia de un servicio público que no reúna las siguientes características:

- Un régimen jurídico de creación y dotación del servicio, atributivo de las funciones y del alcance de las prestaciones en favor de los administrados.

- Un cuadro de autoridades y funcionarios responsables de la tarea, así como de la gestión de los bienes y servicios afectados que sirven de soporte <sup>al funcionamiento</sup> mediante su consumo.

- Una actividad creadora de bienes y servicios para la comunidad.

Dentro del conjunto de bienes y servicios que precisan las unidades administrativas de acción cabe distinguir dos grandes subconjuntos: los adecuados para el funcionamiento regular de la máquina responsable del servicio y los que deben aplicarse directamente a la necesidad que se trata de satisfacer. Al primer grupo suele denominarse en derecho financiero "gastos consuntivos u ordinarios" de la Administración y en el sector privado "gastos generales" de las empresas o "gastos de mantenimiento" en las economías domésticas; y al segundo "gastos de capital o de inversión" en todo caso. (11)

El primer grupo contempla el servicio público bajo una mirada orgánica, estática y permanente; y el segundo en su aspecto dinámico o productivo. La suma de ambos constituye una necesidad global de bienes y servicios de la Administración.

He aquí, pues, que la conversión de las necesidades privadas en necesidades públicas determinan una relación de -

necesidades reales de la Administración gestora del servicio público creado para satisfacer a aquéllos. Esta relación de necesidades reales pueden identificarse con la totalidad de los bienes y servicios que brinda el mercado -- con toda su riquísima variedad.

Como no pueden concebirse disgregados los dos grupos de necesidades que han sido descritos, ni en la unidad de cometidos que es el servicio público cabe hablar de aspectos de mayor o menor importancia, porque todos son imprescindibles para una buena administración, cabe concluir afirmando la íntima correspondencia entre el interés público, axioma legitimador del circuito que ha sido descrito, y -- las necesidades reales que la Administración debe afrontar acudiendo al mercado; el interés público se objetiviza y -- adapta la dimensión que nos importa de cara a la institución que se estudia.

4. Instrumentos manejables por la Administración para satisfacer las necesidades de los servicios.

Cabe preguntar ahora ¿como puede la Administración -- procurarse los bienes y servicios que necesita? El Estado es un ente moral que salvo las excepciones que brinda su -- propio patrimonio público y privado y los servicios dimanantes de su organización establecida, no encuentra ordinariamente en su ámbito las cosas y trabajos que solicitan el ejercicio de su competencia. Sin embargo sí se encuentran en el -- mercado.

A. El Estado-empresa.

El primer camino lo brinda la propia capacidad de iniciativa de la Administración en su carácter de gran empresa. Cabe la posibilidad, en muchos casos, de que constituya en su seno organizaciones adecuadas para la ejecución de obras, la realización de servicios y la fabricación de suministros que requieren los servicios públicos. Es en otras palabras la figura del Estado-empresario que tantas polémicas suscita

en el terreno económico.

Se puede anticipar la opinión, con la salvedad a que obliga la existencia de excepciones aconsejadas por la práctica, que el autoabastecimiento de la Administración no es en ningún modo solución generalizable en aquellos países de economía de mercado. Además sus posibilidades serán siempre limitadas salvo en países de corte socialista.

Una Administración pública ejecutándose sus obras y fabricándose suministros, por ejemplo, plantea serias dudas sobre la productividad de las organizaciones montadas al respecto; las leyes de la economía demuestran que solo en la concurrencia puede conquistarse un costo mínimo. Además se ensancharía extraordinariamente el sector público a costa del privado, aumentarían los gastos fijos o consuntivos del presupuesto a costa de los de inversión, con la rigidez de movimiento que ello implica, y haría muy difícil una política coyuntural de gasto público renunciándose a uno de los instrumentos más eficaces con que cuenta el Estado para dirigir el desarrollo de las economías privadas. (12)

#### B. El Estado-poder.

Una segunda solución la hace posible el ejercicio de las potestades excepcionales de que está dotada la Administración pública. Mediante relaciones jurídico-administrativas obligatorias, en base al interés público, es factible a la Administración imponer en su beneficio prestaciones de dinero, bienes y servicios a los particulares. Surge así la imagen del Estado-poder investido de sus mayestáticas funciones, actuando decisivamente, por razones de utilidad pública, en la esfera de las haciendas privadas.

Las manifestaciones más típicas de esta solución son la relación jurídico-tributaria en cuanto a la captación de dinero y la expropiación forzosa, en cuanto a la captación de bienes, pero cabe añadir otros supuestos como son el servicio militar obligatorio, para la obtención de servicio gratuito, las requisas, la prohibición a los particulares de -

traficar con determinados bienes, como los estancados, monopolizados, prohibidos, y los demás casos en que la Administración opera coactivamente en el mercado de bienes y servicios para integrar en su esfera los que necesita.

En todos estos supuestos la Administración pretende -- bienes y servicios de los administrados que el mercado no -- ofrece de modo espontáneo o voluntario. La relación jurídica obligatoria dejaría paso a una relación contractual si los particulares estuviesen dispuestos a vender mediante precio sus prestaciones o servicios. Se puede afirmar que cuando debe satisfacerse una necesidad pública<sup>y</sup> no hay disponible una oferta voluntaria esrá justificada el acto de poder de la Administración.

No cabe duda que mediante el juego de la relación jurídica obligatoria la Administración puede cubrir todas las necesidades de los servicios públicos. Es aquí justamente donde estriba toda la utilidad de la técnica contractual a modo de opción del ejercicio coactivo del poder; se trata nada menos de saber barajar con acierto los actos de autoridad con los actos de negociación. La doctrina generalmente aceptada sienta, con referencia a los Estados occidentales, que la Administración solo debe acudir al ejercicio del imperio de forma subsidiaria o excepcional; donde haya lugar un plano de convenio o negociación debe frenarse la acción ejecutiva.

Si la Administración precisa un terreno privado para construir una obra pública no debe poner en marcha el instrumento de la expropiación cuando puede adquirirlo a su precio justo mediante compraventa. Si la Administración demanda bienes y servicios que preexisten en el mercado no es racional ni justo que irrumpa coactivamente, rompiendo las leyes de la economía de concurrencia cuya defensa es uno de los soportes mismos de la filosofía sobre la que aquélla se asienta. (13)

### C. El Estado-cliente.

Por último, he aquí la tercera vía, puede el Estado -



acudir al mercado económico, como un consumidor más, ofreciendo unas condiciones económicas justas por el mismo ~~ser~~ servicio. Nos hallamos ante el Estado-cliente y la naturaleza de la relación jurídica que surge es genéricamente la del contrato aún cuando, como se verá, admite un abanico de matizaciones.

A diferencia de lo que ocurre en la relación jurídica obligatoria el contrato es un Acto administrativo bilateral, para cuyo perfeccionamiento es indispensable contar con la voluntad del particular que posee los bienes o servicios - que la Administración de una manera concreta necesita. Del mismo modo que hemos calificado de subsidiaria o excepcional la relación obligatoria que dimana del Estado-poder como modo de obrar de la Administración en el campo de las necesidades reales públicas, cabe sentar ahora que el instrumento - contractual se reputa el sistema de utilización preferente.

Su bondad se basa en las ventajas que dimanan en favor de los partícipes de un mercado ~~de libre~~ de libre competencia, - en el rigor del comportamiento que implícitamente lleva la idea de contrato, en la racionalidad de costos que impone - al consumo público y, en fin, por ser el procedimiento más respetuoso con la seguridad jurídica y la libertad de los - ciudadanos. Al enjuiciar las potencialidades de la Administración pública no deben desorbitarse; ya se sabe que las leyes la facultad para incidir radicalmente en las personas y patrimonios privados. Pero los niveles de civilización y de sensibilidad jurídica impelen al rechazo de todo aquello - que violenta el modo de ser habitual y espontáneo de las comunidades humanas. (14)

Los tres caminos o soluciones enunciados coexisten en los ordenamientos jurídicos positivos y, por supuesto, todos ellos son necesarios en el marco operativo de la Administración. Hay ocasiones en que la naturaleza primordial de - los servicios públicos requiere que la Administración provea

a sus necesidades de espaldas al mecanismo del mercado. En otras, éste no está en condiciones de ofrecer voluntariamente bienes y servicios que se califican de indispensables para el buen orden y la seguridad nacional. En ambos casos está justificado que se pongan en juego armas excepcionales; ello no empece a la validez de la regla general sentada más arriba en favor del contrato.

Lo importante es que las áreas de aplicación de las distintas soluciones estén bien delimitadas y no se rompa el equilibrio. El Estado-cliente debe ser la posición ordinaria y preferente; el Estado-poder y el Estado-empresa, -- fórmulas sustitutivas y secundarias, respectivamente, que operarían solo en casos concretos y justificados.

5. La técnica del contrato para la consecución de -- compromisos con los administrados; El Estado-gerencia-  
cial.

De lo expuesto se deduce que el contrato significa, -- en principio, el instrumento más idóneo para que la Administración adquiera del mercado bienes y servicios, del más variado contenido; o mejor dicho, obtenga compromisos privados por precio, para dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Pero esta afirmación conlleva otros axiomas de más relevancia: que la Administración y el contrato no solo no son instituciones incompatibles, sino que, por el contrario, pueden hermanarse en este tipo de relaciones jurídicas y gracias a esta sencilla actitud aprovecharse de las grandes posibilidades prácticas que el instrumento permite. Aunque la presencia del ente público en la esfera de un contrato provoque -- ciertas convulsiones en la imagen clásica, como secuela de -- su peculiar ser y del interés superior que defiende, para -- que este instrumento no pierda su virtud, esto es, la colaboración voluntaria de los particulares en los programas públicos, es condición que los datos esenciales de la figura no -- se menoscaben.

Para que podamos hablar de un contrato del Estado es necesario que la estructura del vínculo negocial respete, al menos, los siguientes elementos esenciales:

- La voluntariedad para el particular, del negocio a celebrar.

- La aceptación por la Administración de los precios y demás condiciones que manifiesta espontáneamente el mercado en los distintos negocios. La Administración no puede pretender imponer los precios.

- El deber de cumplimiento de lo pactado y de indemnizar los daños y perjuicios en caso de incumplimiento.

Si alguno de estos elementos padece en los negocios administrativos hay que establecer el equilibrio mediante soluciones sustitutivas que hagan aceptable la figura para el individuo como sucede, por ejemplo, en la contratación de servicios funcionariales o en las relaciones jurídicas de prestación reglamentaria donde la inalterabilidad de lo pactado resulta condicionada por la propia evolución del régimen administrativo, La eficacia de la operación no debe buscarse entonces en la virtud del contrato, esto es, en la seguridad jurídica que inspira a los particulares un pacto firme; sino en otras circunstancias también jurídicas que rodean a aquellas relaciones y que las hacen respetables e interesantes. En otros términos, que si la Administración celebra contratos es imprescindible, para extraer toda la utilidad que esta institución permite en las relaciones humanas, que los negocios sean verdaderos contratos o esquemas lo más semejantes posible a las ecuaciones de intereses que establecen entre sí los particulares mediante esa institución. (15)

La cuestión estriba, no obstante, en la forma de como debe armonizarse el interés público que está detrás de las necesidades de la Administración y el contrato. Aún cuando para el ente público éste es un simple instrumento, encubre un interés privado vivo que debe ser respetado en términos tangibles so pena de desnaturalizar el sistema voluntarista. De aquí que en la esfera administrativa el contrato, a la vis

ta de la variada gama de necesidades con distinta intensidad, revista características muy variadas y sea exponente de la - soterrada lucha entre lo público y lo típicamente contractual mezclados en diferentes dosis.

Si el interés público aconseja sacrificar algún rasgo típicamente contractual, según el derecho común, no debe olvidarse por la Administración el compensar esta pérdida de - seguridad del interés privado contratante con otras prestaciones complementarias, creadoras de un nuevo plano negocial. Así, en el caso citado de la relación de servicios funcionariales, la inseguridad que reviste el hecho de que las condiciones económicas y otras obligacionales de aquélla tengan - una base reglamentaria susceptible de modificación, planteamiento notoriamente diferente al de un contrato privado, se compensa con el prestigio y la estabilidad que de presente - y de futuro inspiran a los particulares los empleos del Estado. En los contratos administrativos las prerrogativas de la Administración se compensarán con el juego de las indemnizaciones y la actitud de tutela que cerca de las empresas colaboradoras realiza aquélla en otras incidencias contractuales. Si no fuera así la Administración no conseguiría funcionarios ni empresas dispuestas voluntariamente a servirla. Este replanteamiento de la técnica contractual es una nota privativa de los contratos del Estado. (16)

Debe llamarse la atención ahora sobre otro extremo fundamental que es consecuencia de la configuración del contrato como mero instrumento para la captación de los bienes y servicios que la Administración requiere. A la par que el fin público se cosifica, como diría Ortega, en las realidades - tangibles que le sirven de soporte, a través de las obras, adquisiciones y servicios que el ente público incorpora para cumplir su objetivo social, la función del contrato queda supeditada a la conquista de este fin superior. Esto es, el contrato es solo un medio puente supeditado a que su objeto se integre al servicio público, es una guía de conformación

del soporte físico de la Administración pública.

Todo ello es el resultado de algo que se afirma en -- otro lugar; la causa del contrato del Estado no es la causa civil que nace y muere en la órbita del negocio. La verdadera causa está fuera del contrato, el fin público en suma, o lo que es lo mismo, las necesidades que el órgano pretende, razón por la cual el vínculo debe doblegar su firmeza y equilibrio natural a las premisas que aquél fin impone. La aspiración fundamental es que la mecánica contractual en sus etapas de generación y efecto, no contradiga a las necesidades públicas que le sirven de legítima causa, sino que se adapte a ellas como medio de ejecución.

- Debe preverse que entre el bien o servicio apetecido por la Administración y el objeto del contrato haya una reciprocidad perfecta.

- Los términos del contrato asegurarán una ejecución sin riesgos que pongan en peligro la oportuna incorporación del bien o servicio al ámbito público.

- Ante la eventualidad de que la prestación contractual en su periodo de desarrollo, pueda contradecir a las premisas iniciales o a las necesidades públicas que ulteriormente puedan manifestarse es indispensable que la firmeza del vínculo quede supeditada por estas excepciones.

En resumen, el contrato del Estado para que sea un instrumento eficaz de consecución de bienes y servicios debe -- respetar básicamente el esquema que dibuja el derecho común, pues en ello reside la confianza que despierta en los administrados ante la demanda de la Administración. Si el equilibrio civil se rompe debe compensarse con otras ventajas -- para el interés particular que suplan la desviación cometida en la institución. En los contratos del Estado se rompe sistemáticamente el equilibrio natural de los contratos y es preciso imaginar un nuevo equilibrio en el que se desenvuelvan con éxito los intereses en conflicto. (17)

### III. LA DEFENSA DEL INTERES ECONOMICO DEL ESTADO.

#### 1. Idea general.

Hay otro componente en los fines de la institución que con frecuencia se margina por los estudiosos del tema, a pesar de que cabe reputarlo factor esencial en el origen y la conformación histórica de la misma: el interés económico del Estado en el contrato, es decir, la defensa de la Hacienda pública que es la suma de este tipo de intereses.

Este segundo componente del interés público es de naturaleza idéntica al interés de las partes en la contratación privada; es más, gracias a esta confluencia de intereses puede surgir la idea de contrato. Se ha dicho en otro lugar que la institución que nos ocupa es mero instrumento para realizar los objetivos de la Administración, financiar los con cargo a los fondos del Tesoro. Estos fondos deben ser administrados de forma escrupulosa y racional, con la diligencia "de un buen padre de familia", como diría nuestro Código civil para explicar toda una conducta honesta y eficaz. Por tanto, si el contrato origina pagos a cuenta del Estado, estos pagos deben ser los justos y mínimos para la consecución de la prestación y si el negocio es fuente de ingresos para el erario debe planearse la operación de modo que se obtenga la máxima ganancia, salvo que justamente el interés público aconseje lo contrario. Pero, se puede afirmar, con carácter general, que el interés público en el campo de la contratación, aconseja de forma sistemática la defensa del interés económico del Estado frente al interés del particular e incluso frente a los propios administradores. (18)

La defensa del interés económico es materia típica del derecho financiero que irrumpe en la institución de los contratos del Estado y presiona sobre las materias del derecho administrativo, ocupado primordialmente de la organización y funcionamiento de los servicios públicos. El inte

rés económico y el interés del servicio público operan dentro de los negocios estatales en forzada armonía ya que, - hasta cierto punto, el primero condiciona al segundo por la vía del Presupuesto. Pero justamente la existencia de este interés económico involucrado en el sistema defendido por la Hacienda pública es lo que hace insuficiente la clásica doctrina del servicio público que solo parece considerar -- las exigencias de la Administración dinámica, de la impulsora del bienestar general, de la parte directa de los contratos, con olvido del factor financiero que es, sin embargo, una de las fuentes básicas de las peculiaridades de la institución.

Entre la Administración financiera y la Administración de los servicios públicos se genera una tensión que no debe minimizarse; sus objetivos, en ambos casos, son el interés público pero visto desde una perspectiva diferente. la primera interpreta su papel en el sector público sobre -- la base del freno y el control de los gastos públicos; la -- segunda será siempre propicia a otorgar la máxima relevancia al funcionamiento de los servicios públicos a su cargo y, -- por ende, favorecerá la máxima aplicación de los caudales -- públicos. Frente a la propensión al ahorro aparece la propensión al gasto como filosofía contraria, lucha fructífera si no llega a grados paralizantes.

Sin embargo, este dilema, bien meditado, no admite -- otra solución razonable que conceder la primacía al interés del servicio público que es el fin del contrato, al cual se supedita como simple medio el interés económico, que debe -- defenderse precisamente en el área de aquellos objetivos. -- Por ello cabe concluir afirmando que si bien el origen motor de la institución de los contratos del Estado es fruto de -- las preocupaciones de la Hacienda, el derecho regulador de las competencias y procedimientos debe encajarse globalmente en el derecho administrativo, pues su normativa tiene más completa explicación en el marco de la Administración públi-

ca gestora de los servicios públicos. La tutela del interés económico y la impulsión racional del gasto deben actuar a modo de fuerzas ocultas inspiradoras de soluciones y adecuados comportamientos administrativos.

2. La problemática financiera. La sanidad de la Hacienda pública no depende solamente de un equilibrio cuantitativo de los ingresos y gastos. Es necesario, además, que los ingresos públicos se gestionen con criterios jurídicos y económicos, inspirados en la justicia distributiva; y que los gastos públicos se apliquen a las necesidades sociales a través de unos cauces racionales que permitan la máxima - eficacia y productividad de la inversión. La racionalidad - del gasto público es la que sirve de prólogo a la contratación del Estado. (19)

De aquí la tradicional preocupación de la Hacienda pública por el tema de la contratación que fué materia ya de las primeras leyes de la Administración y Contabilidad del siglo XIX y que ha sido el centro motor de todo el derecho vigente. Importa en sumo grado que los contratos públicos - se celebren siguiendo procedimientos bien meditados de modo que, sin merma de la agilidad que estas operaciones deben - revestir, por tratarse de negocios industriales y comerciales de notoria importancia en el mercado económico, su preparación, adjudicación y ejecución se realicen con las mayores probabilidades de acierto y productividad para la Administración gestora, sin perjuicio de las garantías jurídicas que merece la empresa colaboradora y teniendo muy presente el interés económico del Tesoro que está en juego en todo contrato.

La consecuencia de los expresados objetivos no puede ser solo el fruto de la promulgación de un régimen jurídico racional para los contratos del Estado, con ser un punto de partida indispensable, si estas medidas legislativas no van acompañadas con una política financiera adecuada. La actividad contractual no es estática, sino dinámica, vivamente in



fluenciada por la coyuntura económica, la evolución del sector empresarial colaborador del Estado y las prácticas financieras seguidas por los órganos administrativos competentes, de acuerdo con las normas que regulan la Administración de la Hacienda pública.

La actividad contractual del Estado tiene, desde el punto de vista financiero, una doble vertiente: la del gasto y la de los ingresos públicos. Mediante la técnica del contrato puede tanto el Estado dar aplicación a los créditos presupuestarios como obtener ingresos para el Tesoro. En el presente Capítulo se estudiará particularmente el enlace del gasto público con los contratos del Estado, que engloba las figuras esenciales del sistema. Los negocios que instrumentan ingresos públicos serán aludidos en otro lugar, poniéndose de relieve las características diferenciales de unos y otros.

Conviene, pues, profundizar ahora en la interdependencia que existe entre el gasto público y el contrato. Para la realización de cada uno de los créditos presupuestarios los órganos de la Administración utilizan una figura contractual: los gastos consuntivos u ordinarios se canalizan fundamentalmente a través del contrato de función pública, de los contratos de trabajo y de personal, contratos de arrendamiento de bienes y de compras de mobiliario. Los gastos de inversión se canalizan, por su parte, a través de ~~estas~~ figuras contractuales básicas: contrato de compraventa, contrato de obras, contratos de suministro y contratos de subvención o préstamo, si bien este último no tiene una definición jurídica clara en el derecho español. (20)

Se estudia a continuación los avatares que soporta el mecanismo interno de los contratos, en particular los de inversión, como consecuencia de la incidencia del factor financiero.

### 3. El conflicto entre la Administración financiera y los contratos del Estado. (21)

La conversión del gasto público en precio de los con-

tratos implica un solapado conflicto entre los principios financieros clásicos y el buen planteamiento de aquéllos. Sabemos que estos principios se hallan hoy en crisis y que las modernas estrategias presupuestarias caminan por nuevos derroteros. La revisión de los principios ha sido unánime - en el campo de la ciencia financiera pero no han influido - todavía de modo general en las legislaciones positivas de - la mayoría de los países occidentales que mucho más prudentes y enfocando el tema desde todos sus ángulos se han limitado a ir introduciendo correcciones sin abandonar la vieja herencia. Esto al menos sucede en los países europeos y el nuestro no constituye una excepción. La razón de este divorcio entre ciencia y derecho está en que las inquietudes modernas financieras se han roto el marco del presupuesto tradicional sin brindarnos una perspectiva jurídica completa, - Los planes de desarrollo económico de tipo global y los programas de inversiones públicas a largo plazo ha sido un avance indudable en este camino y lo mismo cabe decir de la contabilidad nacional, pero entre ambos documentos, de previsión económica y de contabilidad de rentas y capital, queda en el centro el Presupuesto como pieza venerable, inspirada en sus cautelosos principios. (22)

La financiación óptima que exige todo contrato de inversión, y que tan decisivamente estimula a la voluntad privada, se sitúa, frente a frente con las reglas financieras que inspiran el presupuesto clásico y han surgido puntos de fricción.

A. Anualidad y plazo de ejecución.- El principio de la anualidad exige que las previsiones financieras tengan - su vigencia limitada a un solo ejercicio, concluido el cual debe ser cerrado y liquidado el presupuesto.

Nada mas contrario a la vida normal de un contrato de obras o suministro a largo plazo que comienza en cualquier momento de un ejercicio económico para concluir en una fecha

tampoco coincidente con el cierre de ejercicios presupuestarios.

Para evitar la incongruencia entre periodo presupuestario y vida contractual ha habido que arbitrar medidas financieras que rompan la doctrina del presupuesto clásico:

1.- Incorporación de créditos comprometidos de un ejercicio fenecido al inmediato siguiente.

2.- Autorizaciones para comprometer créditos con cargo a presupuestos futuros no aprobados.

Son expedientes, en definitiva, correctores del principio de anualidad que es sin duda útil para los gastos ordinarios y periódicos (sueldos de funcionarios, mantenimiento y conservación de oficinas) pero que es inoperante e incómodo en el campo de la inversión contractual, y cuyo cumplimiento impulsa, en ocasiones, a los órganos de contratación a prácticas administrativas viciosas. (23)

B. Unidad y programas de inversiones públicas.- El principio de la unidad del Presupuesto exige que todos los ingresos y gastos del Estado figuren en un documento único y orgánico.

Tampoco este principio parece apropiado para los contratos de inversión y la prueba más concluyente se encuentra en el constante florecer de los planes de desarrollo a largo plazo que al tiempo de su aprobación no se conforman, además, con hacer una lista de necesidades sino que suelen contener también créditos de compromisos para su financiación. Ciertamente es que anualmente los Presupuestos del Estado autorizan los créditos adecuados para la financiación de los planes especiales pero resulta condicionado por lo que disponen las leyes aprobatorias de los mismos. El Presupuesto juega un papel, en cierto modo, secundario y la idea de su carácter único pierde interés de fondo y deviene en algo puramente formal. Al lado de los programas de inversiones públicas

el Presupuesto del Estado pierde su rango de documento autónomo y pleno, como debe ser y se transforma un tanto en reflejo financiero de aquellos programas, que devienen en documento fundamental. La financiación de los contratos a largo plazo encuentran su apoyo más en los planes que en el Presupuesto y ello perjudica la virtualidad de este último. Cier to es, que para corregir estas anomalías existe la técnica - de los Presupuestos por programas de cuyo estudio no podemos ocuparnos.(24)

C. Especialidad y agilidad financiera. - El principio de la especialidad también perjudica los programas de contratación.

Este principio sienta que los gastos globales autorizados deben desdoblarse en créditos específicos con una afectación expresa que no pueden modificarse por la Administración ni en su cuantía (limitación del compromiso económico) ni en la finalidad (limitación objetiva) sin un procedimiento especial.

Resulta evidente que una especialidad excesiva es incompatible con una gestión económica eficaz de la contratación. Obras o pedidos que se prevé realizar en un ejercicio resulta conveniente u obligado, llegado éste, demorarlas para el siguiente; por el contrario otras inversiones en marcha convendrá intensificarlas y requerirán más capitales de los inicialmente presupuestados. Frente al carácter dinámico de la inversión el presupuesto del Estado opone su cuadro rígido de distribución de créditos. (25)

Estas dificultades ha habido que soslayarlas a costa del Presupuesto clásico con el siguiente juego de medidas:

- Autorización general o especial para las transferencias de créditos dentro de los capítulos y secciones.
- Créditos incluidos en los presupuestos se contenido genérico para incidencias e imprevistos.

- Créditos extraordinarios y suplementos de crédito que se otorgan con más frecuencia de la aconsejable.

- Anticipos de crédito concedidos por el Tesoro con cargo a los anteriores créditos.

D. Sentido restrictivo y dinámica óptima contractual.

Por otra parte aquella opinión tan extendida de que el Presupuesto debe ser lo más pequeño posible es incongruente con la idea del gasto de inversión, que no debe ser pequeño ni grande sino el preciso a la vista de las metas económicas u objetivos a que se aspire. Es claro que si se pretende hacer un puerto el gasto de inversión no debe estar supeditado al proyecto más barato posible sino al más conveniente a la vista de las necesidades. Y si no hay dinero bastante para elegir el proyecto más conveniente, será preferible demorar la ejecución hasta que el Estado pueda afrontarlo.

Y por lo que respecta, por último, al mecanismo financiero de la inversión, casi polarizado en las piezas de control, cabe poner de relieve los peligros de una desmesurada complejidad. En este punto y por razones en parte justificadas es donde menos ha cedido la Hacienda clásica pues se conservan con todo su vigor y a duras penas ha ido transigiendo con las simplificaciones del control y con el reforzamiento de las competencias financieras de los órganos administrativos de gestión, que es el camino por donde se debía avanzar, en el ámbito de una Administración democrática e independiente. (26)

4. Influencia conformadora del factor financiero en lo contractual.

La operatividad del factor financiero viene inspirada en definitiva por una regla bien sencilla: las garantías que deben adoptarse cuando capitales o bienes son administrados por un tercero. El titular de los fondos públicos o poderdante es el Estado, la comunidad orgánica, y los administradores o apoderados son las autoridades y organismos que recaudan, aplican y gastan aquellos caudales.

La gestión de los derechos y obligaciones de la Hacienda pública está sujeta a una disciplina jurídica muy rigurosa contenida en las leyes tributarias, ley de Presupuestos y leyes -

de Administración y Contabilidad. Si hay algún sector de la Administración pública que deba citarse como símbolo de la actividad administrativa reglada no cabe duda que éste es la Hacienda pública. La gestión contractual origina obligaciones económicas para el Estado y de aquí su vinculación con la normativa financiera; la conclusión es su configuración de actividad reglada como el resto de las relaciones con el Tesoro público.

La actitud de la Hacienda pública, utilizando el arma del derecho como instrumento, gravita alrededor de los siguientes puntos:

A. La defensa de las previsiones presupuestarias.— Esta defensa se desenvuelve a través de dos frentes tácticos: — la etapa de preparación o generación del contrato y la etapa de ejecución.

La etapa de preparación se reputa financieramente esencial para que el presupuesto actúe eficazmente como límite intangible de los compromisos obligacionales del Estado, aspiración cuyas consecuencias deformantes ha habido oportunidad más arriba de comentar. Su proyección más interesante ha sido la consagración del precio cierto a modo de premisa básica de los contratos del Estado, con una extensa cola de derivaciones jurídicas (aprobación previa del gasto, previsión exacta de la inversión, licitaciones a la baja etc.) (27)

En lo que se refiere a la etapa de ejecución la defensa del sentido limitativo de los créditos presupuestarios triunfa en los principios de riesgo y ventura, carácter restrictivo de las cláusulas de revisión y de las modificaciones contractuales. etc.

Se trata de evitar, en suma, que por impulso del juego contractual queden desbordadas las asignaciones presupuestarias y se provoque un aumento no presupuestario de las obligaciones económicas del Estado. Esta es la razón por la que el fisco mira con enojo todo tipo de planteamiento o estipulaciones que puedan significar desvia--

ciones en alza de los créditos iniciales.

B. Evitar malversaciones en la gestión contractual.

Un principio de desconfianza acerca de los órganos de gestión ha invadido históricamente la normativa de los contratos del Estado. (28)

Los procedimientos de adjudicación automática se han estimado, a pesar de sus defectos, como los más indicados para evitar el error o el pecado de autoridades y funcionarios. La subasta es el símbolo de este pensamiento que solo ha podido superarse gracias a la maduración de las ideas y el perfeccionamiento del aparato administrativo. La conquista de procedimientos más racionales requiere como premisa la existencia de unos órganos especializados en el tema y eficazmente fiscalizados.

C. El logro del mejor precio. Otra preocupación primordial de la Hacienda pública es la obtención del mejor precio en los contratos. La subasta pública a la baja es también el símbolo de este afán de ahorro del dinero público.

Es sabido que el procedimiento de subasta está en crisis y que la moderna contratación camina por otros derroteros. La vieja aspiración fiscal del "precio más barato" ha sido sustituida por la del "precio justo" que implica enfocar la cuestión desde un prisma diferente, mucho más racional, pues el Estado no debe perseguir realizar contratos de ventaja a costa del sacrificio de los empresarios.

Todo ello es cierto. No obstante la regla del, precio más favorable sigue en pie si bien bajo unos nuevos enunciados. De lo que se trata en las modernas Administraciones es de que los programas de inversiones públicas se estudien con rigor a fin de que con unos costos mínimos se obtenga la máxima productividad nacional. Entre la filosofía del "precio más barato" y del "costo mínimo" está justamente la diferencia que en su momento oportuno

se comentará. Lógico es que la típica propensión al ahorro de las Administraciones financieras se explayan con una visión más amplia sin perder nunca de vista la influencia del contrato como operación económica en el sector incidido.

D. El control del gasto en la contratación.- Por último conviene aludir al dispositivo fiscalizador que las haciendas públicas tienen instalado cerca de los procedimientos de contratación para evitar las tentaciones de los gestores de los servicios públicos, siempre favorables a impulsar el gasto hacia el tope de las posibilidades legales, y para prevenir errores o ilegalidades en las liquidaciones y pagos.

A diferencia de lo que sucede con los gastos de personal, cuyo carácter periódico y prefijado evita ordinariamente confusiones liquidatorias, los gastos de inversión, encauzados por la vía del contrato y dependientes de las realizaciones que éste comprende, dan lugar a una gama de situaciones peculiares que deben ser estudiadas caso por caso.

5. Influencias deformantes del factor financiero en - en lo contractual.

Muchos son los fenómenos no deseables que en la actividad contractual pública puede originar el cumplimiento riguroso de las reglas presupuestarias, al tener que plegar los órganos administrativos el planteamiento deseable de los negocios a las exigencias formales de aquéllos:

a) Los plazos de ejecución de los contratos se adaptan en muchas ocasiones a los créditos disponibles más que al ritmo óptimo de ejecución. Esto lleva consigo un funcionamiento antieconómico del contrato y, en definitiva, de la empresa colaboradora.

b) La necesidad de agotar créditos y comprometer el gasto por el peligro de su cancelación al fin del ejer



cicio, impulsa a los órganos a poner en marcha expedientes de contratación no debidamente meditados, o sin proyectos completos, cuya falta de estudio se pone pronto de relieve en la etapa de ejecución dando lugar a reformados y modificaciones del contrato. A veces la urgencia en gastar los créditos se traduce en el procedimiento excepcional de contratación directa por el ahorro que supone del periodo normal de publicidad, concurrencia y adjudicación. (29)

c) Los contratos simulados se utilizan a veces para justificar la inversión de créditos disponibles dedicados a otra finalidad, o para encubrir el mayor gasto de una inversión que agotó su crédito inicial y tiene que absorber otros excedentes.

Sirvan estos ejemplos de muestra de como la gestión financiera del Presupuesto puede llegar a divorciarse de la gestión contractual o a influirla de modo perturbador. El contrato encierra siempre una operación económica y empresarial cuya buena solución para los intereses de las partes requiere un planteamiento financiero correcto.

De aquí que seamos partidarios de una reforma profunda de nuestro vigente derecho presupuestario, contenido en la vieja Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, para adaptarlo a las necesidades de una Administración pública moderna, a la que no nos debe bastar con exigirle el cumplimiento de las normas sino que también actúe con eficacia y acierto. (30)

Es verdad que los principios presupuestarios clásicos han sido objeto de variadas correcciones, comentadas más arriba, y ello ha permitido ir transigiendo con las exigencias de la inversión pública en masa propia de la época actual. Estas transigencias han adoptado a veces el camino de las autonomías administrativas y financieras, cuando se ha querido imprimir agilidad y eficacia a un

servicio público. La esencia de esta agilidad debe consistir en aproximar la decisión financiera al órgano administrativo especializado y responsable del servicio. Pero el camino no está en la concesión de autonomías pues los peligros de su expansión en el ámbito del sector público son evidentes; aparte de los problemas de fiscalización y coordinación que plantean, la experiencia demuestra que los entes autónomos llegan a tener conciencia de su propia independencia y deforman la defensa de los intereses públicos que tienen encomendados, hasta el punto de desarticular la perspectiva unitaria de la Administración. (31)

El camino no puede ser otro que dotar a la gestión económico-administrativa de ese punto de agilidad racional que se consigue descentralizando las decisiones en los órganos técnicos especializados, responsables directos de la marcha de los servicios públicos.

#### IV. LA ESTRATEGIA CONTRACTUAL DEL ESTADO. (32)

##### 1. Posibilidades operativas del contrato del Estado.

La estrategia contractual nos enfrenta con nuevos problemas que deben ser analizados: el campo de posibilidades de la técnica del contrato para la conquista de fines públicos. Si la virtud del contrato se agota en instrumentar un intercambio de bienes y servicios Administración-administrados sin el concurso del poder de mando o, por el contrario, gracias a la posición preeminente del ente público, permite otras utilizaciones intencionadas y eficaces para el interés general.

Conviene recordar, en primer lugar, la importancia en sí del propio contrato, esto es, de la forma y fondo de perfeccionarse un vínculo obligatorio para el completo éxito de la operación que encierra. El contrato fija un cuadro de condiciones que según como se estructure impulsará a unos comportamientos dinámicos de las partes. Aún cuando la fina

lidad básica de la inversión pública se logre incluso con un defectuoso e inoportuno planteamiento del entramado obligatorio, la Administración pública debe velar para que aquellas finalidades se alcancen en términos óptimos; o sea, que el cruce de prestaciones se realice en tiempos y costes idóneos y con la máxima productividad económica y social.

Las transferencias de propiedad, las ejecuciones de obras, la realización de suministros, la compra y venta de servicios por la Administración, los conciertos y convenios económicos etc. envuelven operaciones industriales y comerciales que importa vivamente se planeen y ejecuten según un esquema correcto y deseable para toda la comunidad. El planeamiento o preparación de los contratos del Estado, que es donde se gesta el modelo jurídico-económico al que deberá adherirse el particular o empresario, adquiere de esta forma su radical trascendencia en la esfera de la institución que nos ocupa, pues es en aquella etapa donde deben plasmarse las ideas que defendemos. No se debe olvidar por los órganos de contratación esta perspectiva de gran angular con que debe enfocarse la contratación del Estado. Muchos piensan que los beneficios de la inversión pública se logran simplemente realizando obras de infraestructura, instalaciones, suministros o insuflando créditos y subvenciones al sector privado. Mucho más importante que las masas brutas de capital disponibles por el Estado son la exquisita elección de los objetivos y la racionalidad de los circuitos de aplicación del gasto público dentro del cual presta su juego el contrato.(33)

Es preciso pues una estrategia en la gestión contractual del Estado. No es suficiente que el órgano de gestión se limite a cumplir la función inmediata de la institución, esto es, la obtención de bienes y servicios; hay que actuar con un horizonte más amplio y con una perspectiva completa de la trascendencia del instrumento contractual. Al órgano de gestión cabe exigirle más que el estricto cumplimiento de la Ley: debe administrar. Como se ha dicho en variadas ocasiones

por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa: "La contratación del Estado no puede ser concebida sólo como reglamentación administrativa neutral, limitadas sus preocupaciones a la obtención del mejor precio en un régimen de publicidad y concurrencia, a pesar de la importancia de estos principios. La dinámica de la contratación, a través de las cláusulas de sus Pliegos y las prescripciones de sus proyectos, debe adecuarse a las aspiraciones de los Planes de Desarrollo y no debe desentenderse de objetivos, hoy tan primordiales, como son la producción industrial selectiva, la constante modernización de las técnicas empleadas en la fabricación y la construcción, y la buena organización de las empresas. Aspectos todos ellos que pueden favorecerse con una política de contratos y de selección de contratistas, de modo que alcancen preferentemente las adjudicaciones aquellas empresas que, además de trabajar en precio, se hallen encajadas en las directrices deseables según los Planes de Desarrollo."

## 2. El contrato del Estado y la política económica. (34)

Tratando de resumir en pocas palabras el curso de la economía política en los últimos 50 años cabría decir que la característica de esta etapa ha sido el progresivo afán de los poderes públicos y de los dirigentes empresariales en sustituir las viejas conductas intuitivas por programas racionales.

Todos hemos oído hablar de aquellos pioneros del Oeste americano que eran capaces de jugar toda su fortuna por el golpe de vista, por la intuición de que en un lugar determinado se escondía una rica mina de oro o un fabuloso yacimiento petrolífero. Hoy no concurren estas genialidades porque los hombres van perdiendo la imaginación en los negocios y sólo se mueven por los dictados del cerebro. Al pionero ha sucedido la empresa organizada y al golpe de vista y la decisión intuitiva ha sucedido el dictamen de técnicos y economistas que condicionan con su palabra la inversión

del capital. La economía es, sin duda, menos poética pero los resultados más rentables y los frutos más útiles para la comunidad.

No es mala la referencia al pionero del "far west" - porque la actitud del Estado-cliente, esto es, de los órganos de contratación, se encuentran todavía a medio camino entre el capitalista aventurero y el empresario moderno - que baraja en su mano todas las consecuencias de sus decisiones.

Un exámen histórico de las reglamentaciones relativas a los contratos públicos demuestra que las preocupaciones - económicas generales ocupaban un pequeño lugar en el comportamiento del Estado-cliente. Los fundamentos de la legislación contractual administrativa se centraban en la búsqueda de procedimientos que hiciesen infactible la prevaricación del funcionario, y el fraude del empresario, y brindase a la vez el precio más barato posible para la operación en - beneficio del Tesoro público. Fruto de esta inquietud, típica del XIX ha sido la figura de la subasta pública a cuyo mecanismo se atribuyeron virtudes casi mágicas, a modo de fórmula feliz que garantizaba tanto los intereses públicos como los privados. La desconfianza simultánea en los funcionarios públicos que gestionan los negocios del Estado y en los empresarios que a estos acuden ha sido el argumento constante de toda una frondosa legislación que el mundo contemporáneo ha heredado con el respeto que infunde un venerable legado.

Cierto es que durante el comienzo del presente siglo surgieron ya en el campo que nos ocupa medidas de tipo económico -protección a la industria nacional- y de tipo social -medidas tutelares en favor de los trabajadores incorporados a la gestión de obras públicas- pero el valor de la contratación del Estado como instrumento propio para incidir en - la economía nacional y colaborar en sus fluctuaciones, corrigiéndolas, ha sido un descubrimiento relativamente reciente. El Estado-cliente se venía comportando con la misma des-

preocupación por la economía nacional que el particular - ciudadano que compra lo que necesita, donde, como y cuando le apetece, para satisfacer su interés personal.

Una explicación de este fenómeno es tal vez el hecho de que los contratos del Estado son generalmente perfeccionados por los Departamentos inversores y el Ministerio de Hacienda consideraba que con referencia a los Gastos presupuestarios concluía su misión una vez acopiados los capitales precisos para financiarlos. Esta despreocupación del Ministerio de Hacienda en la racionalidad del gasto es una aptitud de viejas raíces que solo recientemente se ha corregido mediante el ensanchamiento de los horizontes de las finanzas públicas más allá de la pura recaudación de impuestos. La consecuencia de esta filosofía en el campo que estudiamos, es que los temas de la contratación del Estado se han encajado en el derecho administrativo y los juristas, como es lógico, ha explicado y profundizado la cuestión desde el punto de vista que preside esta asignatura. Solo ha interesado el comportamiento del Estado en el juego del negocio jurídico pero no en el marco de la economía nacional y las finanzas públicas. Sin embargo, debe reconocerse, que esta despreocupación se ha ido progresivamente corrigiendo y la contratación del Estado forma parte, cada vez más, de la inquietud de economistas y hacendistas.

Ahora bien ¿qué acontecimientos han determinado que nuestros economistas y hacendistas se preocupen de los contratos mediante los cuales el Estado satisface sus necesidades en bienes y servicios? Las dos guerras mundiales que tantas cosas malas y buenas han enseñado a los hombres, llevaron a un primer plano los temas económicos. El ajuste de la máquina de producción nacional en las etapas de paz no es tan fácil como en las situaciones de guerra, pues en estas la polarización exclusiva en el esfuerzo militar justifican todas las medidas de excepción y desplaza a un segundo lugar el delicado funcionamiento de los mercados. Los periodos de prosperidad dejan paso a otros de crisis donde la inflación

asoma en cualquier instante; despues de la crisis deben -- adoptarse medidas propicias para la recuperación en un juego ondulatorio más o menos acusado según la madurez económica del país. (35)

No vamos a referirnos a ese abanico de medidas que -- puede hacer jugar al Estado para corregir las oscilaciones del ciclo económico, pues quedan al márgen de la institución que nos ocupa. Pero no tenemos más remedio que aludir al papel que desempeña el volúmen del gasto público en los periodos de depresión y en las etapas de recuperación o de aceleración del desarrollo. Las consideraciones del genial economista KEYNES son de todos conocidas y sus métodos para operar en las economías una de las ideas más claras que pueden leerse en los tratados económicos. La política del gasto público puso de relieve sin embargo que detrás del gasto público que se canaliza a través de contratos y pedidos que -- hace la Administración, hay empresas cuya prosperidad o crisis afectan a la economía nacional. Entonces se comprendió mejor que el Estado-cliente no puede actuar en la economía nacional como un consumidor privado. La técnica de los contratos no puede ser solamente un conjunto de procedimientos pasivos pues deben adaptarse a las directrices de una acción racional sobre la actividad económica. Era preciso un esfuerzo de recepción que permitiese elaborar una política -- de conjunto.

Las repercusiones que tuvo en el campo de la contratación fueron inmediatas. La introducción de la idea económica desplazó inmediatamente el viejo objetivo del Estado-cliente obsesionado en obtener el mejor precio para los bienes y -- servicios del Estado. Este concepto se ha enriquecido con -- el principio de que debe encontrarse el mejor bien o servicio al mejor precio. En términos de procedimiento administrativo ha significado derribar de su peana a la subasta que -- actúa automáticamente en función del precio por la idea del

concurso que permite al órgano de contratación un análisis más objetivo de la oferta. Hoy no puede considerarse un éxito el mero argumento de comprar barato sin barajar inmediatamente el factor calidad. Todo ello se resume en un concepto nuevo cual es el del "precio justo" que es el símbolo - del equilibrio en un mercado normal. La búsqueda del "precio justo" en los contratos del Estado debe ser el centro de gravedad alrededor del cual giren las formas de adjudicación. (36)

Por otra parte el ambiente de desconfianza que caracterizaba a la legislación anterior ha dejado paso a un nuevo planteamiento. La gestión contractual se ha dignificado y los órganos administrativos abandonan su vestidura burocrática y adoptan un talante gerencial. También la antigua imagen del contratista se ha ido olvidando por la presencia en el mercado de la empresa moderna, centro respetable de trabajo y motor básico de la economía nacional. No es concebible ya para ningún órgano administrativo adjudicar un contrato - en forma ventajosa si este éxito se consigue a costa de empobrecer y desarticular una empresa que por falta de estudio - presentó una proposición errónea. Existe, en efecto, la conciencia de que el Estado-cliente no puede obrar con preocupaciones egoistas sino que las miras de la economía nacional - deben estar presentes al tiempo de preparar los contratos, - adjudicarlos y posteriormente ejecutarlos. Esta conciencia - se acusa más en aquellos sectores de la economía nacional - que son más incididos por la contratación del Estado: los - programas de obras públicas deben ser formulados con una perspectiva clara de la situación del sector de la construcción, - por ejemplo. En otros sectores la presencia del Estado-cliente tiene menos peso y por tanto sus determinaciones han de influir menos en el conjunto pero puede favorecer la sanidad - económica del sector mediante los pliegos de prescripciones técnicas y otras aptitudes indicativas para el consumidor - privado. (37)

Resulta aconsejable, en fin, que la inversión pública



de la cual nacen despues los contratos se programe a largo plazo y con plena consciencia de su incidencia en el ámbito de las empresas colaboradoras. Pues solo así, será posible la concreción del efecto multiplicador y redistribuidor del gasto.

La consecuencia de todo lo expuesto es que criterios puramente económicos han inspirado numerosos preceptos de la legislación española de contratos del Estado: los que se refieren a la protección de las empresas nacionales frente a las empresas extranjeras, los que regulan el modo de preparar los proyectos de obras, los que regulan las formas de adjudicación, el sistema de clasificación de contratistas - que ha influido en la estructura de las empresas constructoras etc. Pero la política contractual debe tener un sentido dinámico en el marco de la economía nacional que como se ha dicho más arriba, puede atravesar periodos de depresión y - periodos de inflación. El comportamiento de la contratación del Estado no puede ser idéntico en todos los periodos y es preciso analizar las actitudes más acertadas en cada etapa.(38)

En los periodos de depresión, cuando en términos económicos son aconsejables las medidas de aumento del gasto - público, disminución de los tipos de interés y fomento de - la iniciativa privada mediante facilidades crediticias y - exenciones fiscales, la estrategia contractual del Estado - debería comportarse del siguiente modo:

A. Predotando los servicios con un stock de proyectos para que la inversión real no se demore por la tramitación del expediente contractual y acelerandó al máximo las actuaciones preparatorias de la adjudicación, mediante procedimientos de urgencia.

B. Acometiendo los programas de inversiones mediante el mayor número posible de contratos y pedidos con preferencia los de gran cuantía, aunque sea preciso alargar en un -

punto los plazos de entrega (para no romper el techo de disponibilidades) pues ello favorecerá la difusión del gasto sectorial y regional.

C. Eliminando o reduciendo la competencia extranjera en las licitaciones públicas.

D. Moderando la aplicación de la subasta que provoca una tendencia a la baja en ocasiones suicida para las empresas hambrientas de pedidos. Se utilizará, por el contrario, el concurso-subasta y en contratos importantes el concurso.

E. Reduciendo las fianzas a los mínimos legales a fin de no restar tesorería operativa a las empresas y ampliando las aplicaciones del aval que no provoca inmovilizaciones de fondos.

F. Procurando el rápido abono a los acuerdos de los pagos e incluyendo en los contratos a largo plazo cláusulas de revisión de precios, en todo caso.

G. Finalmente el dar publicidad a los programas de pedidos a largo plazo será favorable para un mejor equipamiento de los empresarios y una mayor confianza en el futuro.

Cuando la economía nacional se encuentra en etapa de inflación las medidas financieras y monetarias a adoptar nos son conocidas: disminución del gasto público (tanto consumitivo como de inversión) aumento de los tipos de interés, aumento de la presión tributaria..... Veamos como debe comportarse la estrategia contractual:

Como posición de arranque debe procederse a una rigurosa selección de los contratos de inversión celebrando solo aquellos cuya rentabilidad esté fuera de duda y que se refieran a la infraestructura económica del país. Esta idea se completa con las siguientes; a tener en cuenta al tiempo de la redacción de los Pliegos de Cláusulas:

A. Impulsar la inversión mediante pocos contratos de

alta cuantía pues ello dificulta la difusión del gasto.

B. Disminuir los plazos de ejecución pues ello exige una afectación a la obra de capital empresarial más elevado.

C. Favorecer la competencia extranjera.

D. Aplicar preferentemente el sistema de subasta a la baja para la adjudicación pues fomentará la estabilidad de precios.

E. Preenar la rapidez del mecanismo de los pagos llegando incluso a la prohibición del descuento de certificaciones. Las cláusulas de revisión se podrán incluir pero con -- restricciones y carencias.

F. Finalmente se aumentarán las fianzas y se hará uso de las retenciones, como garantías complementarias de cumplimiento, pero introducidas con la intención de restar velocidad al capital de manobra de las empresas.

Por supuesto en los momentos de economía en equilibrio las anteriores medidas positivas y negativas deberán ser sustituidas por las adecuadas a la situación de normalidad.

Bastan los anteriores ejemplos para poner de relieve el valor de una estrategia contractual coordinada con los fines que la política económica exija en cada circunstancia.

### 3. El contrato del Estado y la política social. (39)

La política social tiende, en definitiva, a una mejor redistribución de la renta nacional, en beneficio de los sectores más pobres o deprimidos. También la estrategia contractual del Estado tiene en este campo un papel, no despreciable, que se puede destacar a grandes rasgos:

A. La política de salarios mínimos, de limitación de jornada laboral, de seguridad social, etc. según demuestran los antecedentes históricos, en el primer sector donde fue establecida fue en el de las obras y servicios públicos. Basta repasar nuestra legislación pasada para poner de relieve

la preocupación de siempre de los Gobiernos para que la ejecución de obras públicas fuese empresa donde se aplicase - obligatoriamente todos los avances de la legislación social. Aún hoy entre los documentos que deben presentar las empresas en las licitaciones públicas figura el certificado de hallarse al corriente del pago de las cuotas de seguridad social. El Estado debe tratar de ser desde el punto de vista social el empresario modelo.

B. Aparte de ello, es decir, de la protección del personal obrero afecto a las obras y servicios públicos, hay otro modo de entender la política social en el sector que ahora nos preocupa. Nos referimos a las medidas estimulantes para la pequeña empresa individual, que se encuentra ubicada en el margen de la posición empresarial y al comienzo de las posiciones obreras. Estas pequeñas empresas, son muy útiles y necesarias tanto para el Estado como para las grandes empresas y deben subsistir. A través de una política contractual sería posible reservarles, mediante el juego que permite la contratación directa de obras, servicios y suministros de pequeña cuantía, un porcentaje de la inversión de los Departamentos. La aparición en otra época de los destajos tuvo en sus comienzos la finalidad social de situar las grandes obras públicas al alcance de los pequeños empresarios, trabajando por tramos de un proyecto general.

C. En la legislación comparada, especialmente en la francesa y en la italiana, se vá más lejos en el campo de lo social y además de lo anterior hay establecidos una serie de privilegios en favor de las cooperativas obreras y de las asociaciones sindicales de trabajadores, constituidos en empresa, que tienen la posibilidad legal de canalizar hacia ellas una parte importante de la ejecución de las inversiones públicas.

Ocurre en este aspecto social de la contratación algo semejante a lo que sucede en su aspecto económico; que la -

contratación del Estado no es suficiente para resolver el problema pero sí un instrumento a manejar más que debe funcionar coordinadamente con las demás medidas directas para lograr su mayor eficacia.

4. El contrato del Estado y el desarrollo tecnológico e industrial. (40)

El contrato del Estado, visto desde su perspectiva de instrumento de la política general económica, debe servir, sobre todo, a la racionalización del gasto público en orden a conseguir su máxima productividad. No basta con que los procedimientos administrativos aseguren la regularidad del contrato y el cumplimiento de la prestación si todo ello no se traduce, a fin de cuentas, en que la inversión del dinero público se verifique con eficacia económica integral.

Cabe exigir más a la política contractual del Estado: Obtener por la vía del contrato una reducción de los costes de producción de las obras, bienes y servicios en beneficio de la economía nacional. Y la reducción de los costes es la meta perseguida por el desarrollo tecnológico e industrial, esto es, la productividad del sistema.

Nos hallamos ante un magnífico contrato ordenador y ejemplarizador de las actividades industriales privadas incididas por los negocios voluntarios de la Administración.

Las ideas fundamentales que sirven de soporte a este objetivo han sido aludidas más arriba y deben recordarse, otra vez, ahora. La contratación del Estado implica una gama plural de actuaciones administrativas que incide en el sector privado y no puede admitirse que la Administración se conforme con la utilización del instrumento para la simple satisfacción de sus necesidades en bienes y servicios. Por el contrario, el sistema contractual público debe ser manejado como un arma más para el correcto funcionamiento del aparato de producción, mediante la adopción de medidas ejemplares que conformen los sectores incididos. Una mejora de los índi

ces tecnológicos de los contratos del Estado llevará aparejado una reducción de los costes de producción y, en definitiva, un fomento no despreciable de la economía nacional.

Al tiempo de la elaboración de los proyectos y de los pliegos de prescripciones técnicas por los órganos administrativos es posible introducir en la inversión pública adelantos técnicos, tecnologías avanzadas y métodos constructivos de punta que forzarán lógicamente a las empresas colaboradoras a un progresivo nivel de suficiencia. El hecho de que las empresas colaboradoras que acudan a las licitaciones para aspirar al contrato deban reunir una determinada preparación o experiencia técnica estimula indirectamente el desarrollo y la ordenación del sector. Las cláusulas de admisión previa en los concurso-subastas y concursos son la vía adecuada para imponer los criterios de selectividad industrial.

El indicado proceder puede completarse con medidas referentes a la importante etapa de ejecución de los contratos. La influencia de la Administración en el grupo de empresas colaboradoras a través de la dirección de los trabajos, permite hacer valer criterios técnicos y soluciones constructivas ajustadas al progreso industrial.

Para que todas estas medidas no queden reducidas a pura hipótesis es necesario que previamente los órganos de la Administración se encuentren debidamente preparados de acuerdo con las técnicas avanzadas que, más tarde, han de trasvasar a las empresas colaboradoras. Con lo cual se vuelve una vez más al punto de vista que se ha mantenido en otros apartados del presente estudio: que el correcto funcionamiento de la contratación del Estado y el agotamiento de todas las posibilidades que encierra, exige previamente la existencia de órganos de la Administración especializados y responsabilizados en esta tarea,

CAPITULO III

NOTAS

(1) RIERA AISA, Contrato, en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", t. V, pág. 329. "La moderna evolución del derecho de la contratación ha hecho desplazar la justificación de la fuerza obligatoria del contrato. Si éste obliga, si las partes quedan vinculadas a su cumplimiento y si de él nace el deber de respetarle, es debido precisamente a que todo ello constituye una pieza necesaria en la construcción jurídicosocial. El contrato no interesa únicamente a los particulares, sino que en forma más o menos directa su incumplimiento puede repercutir en el régimen económico general. Se trata, por tanto, no del predominio del interés individual, sino de la sumisión de éste al interés social. Está en juego, como dice Demogue, la idea de la seguridad jurídica. Si yo quiero hoy de cierto modo, no puedo querer mañana lo contrario sin herir los derechos de los terceros que han tenido en cuenta mi conducta para ajustar a ella la suya". Comenta CASTAN, Obra citada, pág. 413, que "El problema de la obligatoriedad del contrato es el problema mismo del fundamento del Derecho", síntesis verdaderamente certera del significado de nuestra institución en marco comunitario.

(2) PUIG BRUTAU, Obra citada, pág. 32 y ss. El autor enfatiza más las razones objetivas que las voluntaristas al tiempo de justificar la fuerza vinculante del contrato muy en la línea de la doctrina moderna "el contrato obliga porque la voluntad manifestada ha de tener la consideración de un acto que puede haber influido en otro sujeto de derecho que resultaría perjudicado en la medida en que el primero no quedara obligado"; el centro de gravedad se desplaza al conflicto de intereses que surge entre dos personas o entre una persona y la comunidad que debe ser resuelto atendiendo a los dictados de la utilidad general.

(3) Vid. GARCIA DE ENTERRIA, La figura....; PARADA, Los orígenes....; ALBI, Los contratos municipales. En los trabajos de estos autores puede profundizarse en las tesis subjetiva (la Administración como principio activo deforme del contrato) y objetiva (las exigencias intrínsecas del interés público concreto).

(4) FERNANDEZ DE VELASCO, Obra citada, pág. 92 y ss. "La causa, queda me parece comprobada, no se puede buscar en la prestación simplemente, sino en ésta relacionada con aquella ley que regule el servicio de que se trate. Los elementos objetivos que determinan la obligación concreta para la Administración son: contrato, ley y prestación, La causa es la prestación, en tanto ésta se efectúa en conformidad con el contrato y con la ley. Por consiguiente, la prestación

es simplemente medida que revela el cumplimiento de las dos normas objetivas que la regulan: contrato y ley". La opinión del autor, dependizando la causa inmediata de los fines descritos en las leyes, coincide con nuestra opinión expuesta distinguiendo entre la causa y el efecto. A diferencia del planteamiento civil que radicaliza la importancia de la causa y minimiza los fines puramente personales de las partes a los que menosprecia jurídicamente. Vid. CASTAN obra citada pag. 473.

(5) Vid. ALBI. Los contratos municipales; y Orientaciones generales del nuevo Reglamento de Contratación, en REVL. nº 71.

(6) Un ejemplo de mitificación del interés público lo constituyen los artículos 3 y 40 L.O.E. Idinificar el interés público, el bien común, los fines del Estado, la utilidad pública etc. con determinadas premisas políticas que se declaran a su vez "permanentes e inalterables" acarrea una concepción dogmática en el expresado interés público -- que es extraordinariamente perniciosa en el ámbito del Derecho Administrativo. Por el contrario, siguiendo el ejemplo de la pragmática anglosajona, el interés público debe tratarse como un conjunto de intereses económicos de la comunidad, una razón de utilidad para el conjunto de los individuos, y que por ende es negociable como todos los intereses; la concepción relativa del interés público fue esbozada al comienzo de nuestro trabajo.

(7) Un concepto estricto de servicio público nos lo brinda el art.197 R.G.C. "Antes de proceder a la contratación de la gestión de un servicio público deberá hallarse promulgado el régimen jurídico básico del mismo que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trate queda asumida por el Estado como propia del mismo."; y también -- ARIÑO, Concepto de servicio público y Bases de su régimen jurídico, Madrid 1.975, pag. 41 "Servicio público es aquella actividad administrativa del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social."; GARRIDO FALLA, obra citada, pag. 49 siguiendo a DE LAUBADERE, piensa en la esfera de los contratos administrativos hay que abandonar el concepto estricto y hay que ir a una idea muy amplia (obra citada pag. 49 del volumen 2).

(8) El tema que se aborda en este epígrafe es de extraordinaria importancia y exigiría una investigación por sí misma. Nosotros lo hemos abordado como simple antecedente del contrato del Estado y sin mayores pretensiones. Vid. VILLAR PALASI, J.L. "Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas", Madrid, 1963, capítulos de la Historia; GARCIA DE ENTERRIA, La actividad industrial y mercantil ...



RAP 17; GARCIA TREVIJANO, Aspectos de la Administración económica, RAP 12; FORSTHOFF, La previsión existencial en la era técnica, I.D.A. número 100; MEILAN GIL, La cláusula de progreso de los Servicios públicos, Instituto de Estudios Administrativos, 1.968; ... y otros muchos tratados y monografías que tratan a fondo el tema de la conversión de las actividades privadas en Servicios públicos.

(9) NAHARRO MORA, Lecciones de Hacienda Pública, pag. 19.

(10) GUAITA, A., Derecho administrativo especial, tomo III, pags. 16 y sigs., contiene una documentada exposición de la expansión histórica de los fines del Estado y sus repercusiones en el campo de los servicios públicos; ARIÑO, - Concepto del Servicio público ..., pag. 22; GARCIA OVIEDO, - obra citada, pag. 278 "La continuidad, uniformidad, etc., se puede decir que constituye los fines particulares, específicos o de funcionamiento de los servicios públicos, concurrentes en un fundamental fin genérico que se enlaza con su razón de existir, con su creación; esto es, la satisfacción de un interés público para la cual la iniciativa privada se muestra ausente, insuficiente o defectuosa."

(11) En la Ley General Presupuestaria, pendiente de aprobación en Las Cortes, art. 54 se encuentra una clasificación de los Gastos públicos de tipo económico: a) Créditos para gastos de funcionamiento de los servicios, los de intereses y las subvenciones corrientes; y b) Créditos para gastos de capital distinguiendo los de inversiones reales, las transferencias de capital y las variaciones de activos y pasivos financieros; NAHARRO MORA, obra citada, pag. 228 dedica mayor atención a la clasificación financiera que propugna PIGOU en "A STUDY in Public Finance," pag. 19, que consiste en distinguir los gastos de transferencia de aquello que no son transferencia, lo que traducido a un lenguaje jurídico significaría hablar de "pagos onerosos" y "pagos gratuitos" realizados por el Tesoro.

(12) Vid. ALVAREZ GENDIN, La empresa pública como instrumento de la industrialización administrativa, DA, número 107, 1967, pags. 95-112; MARTIN RETORTILLO, Organización administrativa de las empresas públicas en España, RISA, 1966, - pags. 57-78; NIEVES BORREGO, J. Problemas de la empresa pública, AAMN, número 16, 1968, ... y otras muchas aportaciones relacionadas con este importantísimo tema. Pre-scindiendo de las directrices rectoras de la economía nacional, que pueden coyunturalmente ser modificadas, el mensaje de nuestro derecho administrativo antiguo y moderno es contrario a la primacía de la Administración industrial y favorable a lo que se ha venido llamando "contratista interpuesto".

(13) El esquema Estado-poder se instrumenta a través de la potestad del mando atribuida a la Administración que consiste en la facultad de dar órdenes y de obligar a su cum

plimiento. A este respecto GARCIA OVIEDO dice: "Emana del imperio de que el Estado goza y halla su localización más natural y su expresión más acabada en el poder ejecutivo - ya que a la acción cotidiana del mismo le es indispensable un poder autoritario consistente en la facultad de emitir decisiones que se impongan a los administrados". (Obra citada, edición 1957, Pág. 181). La Orden, que es la resolución jurídica a través de la cual se manifiesta la potestad de mando es la antítesis del contrato que fluye por vía de la que hemos denominado potestad contractual.

(14) SANTOS BRIZ, La contratación privada. Pág. 18, "El derecho de contratación como el derecho privado en general, se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del particular, lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales".

(15) Se plantea en este párrafo el difícil dilema - que significa la armonización de la seguridad jurídica individual con las conveniencias cambiantes del interés público. El problema esencial se localiza en el respeto a los derechos adquiridos, categoría indiscutible en el juego contractual y precaria en las situaciones jurídicas estatutarias o reglamentarias. Más adelante se dará una explicación del por qué el contrato de función pública, que carece en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica contractual, mantiene, sin embargo, una imagen de respetabilidad para los administrados que aspiran a los empleos públicos.

(16) En este párrafo se da la explicación de lo que se apuntaba en la nota anterior. La inseguridad que ostenta el status del funcionariado español, por lo que se refiere a múltiples aspectos del cuadro obligacional, se compensa - no solo con el prestigio de los puestos administrativos sino sobre todo con la seguridad de permanencia y respeto que inspiran estas colocaciones. La equivalencia típica del contrato actúa en un plano harto diferente que en el contrato civil.

(17) La "ruptura sistemática" del equilibrio contractual ordinario es uno de los rasgos más característicos de nuestra institución; es decir, ese forcejeo entre el interés público y la sustancia contractual es lo que dará vida a la fisonomía peculiar en el contrato del Estado como algo diferente al contrato civil.

(18) Se nos ocurre citar aquí esa imagen que ha hecho suya el Cuerpo de Intervención y Contabilidad de la Administración civil del Estado: el caballo brioso que es energicamente frenado por una mano oculta que tira de la rienda. El caballo representa a la Administración pública y la brida - la defensa del interés económico del Estado (medalla emitida con motivo del 75 aniversario).

(19) HALLER, Política financiera, 1963, Pág. 353. apart. 27 dedicado a la racionalidad en la obtención de bienes y prestaciones de servicios, se ocupa de los sistemas de contratación si bien de una forma harto elemental como se verá a continuación: "A una economía que pretenda lograr con los medios - empleados un máximo de prestación en el cumplimiento de las - tareas públicas pertenece, en primer lugar, que se intente que con el gasto de los medios se logre el contravalor en prestaciones, o bienes, mayor posible. En la obtención de bienes esto significa que, dada una calidad de bienes, se compre lo - más barato posible." La expresión precio más barato nos lleva de la mano a la subasta que es sistema por supuesto superado en el derecho moderno. Pero a HALLER le preocupa más los aspectos financieros de la inversión, razón por la cual tras - unas pocas páginas dedicadas a los contratos acaba diciendo: "A una economía financiera racional hay que imponerle ahora el postulado más amplio de que con los bienes y prestaciones de servicios utilizados se logre el éxito mayor posible en la realización de las tareas estatales".

(20) NIEVES BORREGO, Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención, RAP 43. Para nosotros la subvención es un contrato administrativo en virtud - del cual la Administración entrega al beneficiario una cantidad de dinero y éste se obliga por su parte a realizar, o a continuar realizando, una actividad privada de interés público.

(21) El tema que se desarrolla en este epígrafe tiene una importante vertiente financiera. Vid. SAINZ DE BUJANDA, Hacienda y Derecho, Tomo I, Pág. 33, Considera este autor que el derecho financiero es "La disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los recursos económicos que el Estado y los demás entes públicos pueden - emplear para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurídico de percepción de los ingresos y de ordenación de los gastos y pagos que se destinan al cumplimiento de los servicios públicos". O sea que los procedimientos administrativos de contratación se entrecruzan con las actuaciones que - conlleva la gestión financiera; a este respecto aclara el autor "Se comprenden en ella -la gestión financiera- la ordenación jurídica del Presupuesto del Estado y la de los actos administrativos a través de los cuales se obtienen los ingresos y se ordenan los gastos y los pagos que se originan en el cumplimiento de los servicios públicos". Vid. sobre este tema VILLAR PALASI, La dinámica del principio de legalidad presupuestaria, RAP, 49 (1966), págs. 9-28. GARCIA ANOVEROS, Naturaleza jurídica del Presupuesto, en Estudios Jordana, tomo III, vol 2º. GUAITA, Administración financiera, en Derecho administrativo especial, tomo I págs. 125 a 199. RODRIGUEZ BEREIJO, El presupuesto del Estado, Madrid, 1970.

(22) Además de los autores expuestos puede consultarse NAHARRO MORA, Lecciones de Hacienda pública, Pág. 273 y ss. dedicadas a la crisis actual de la institución presupuestaria y las transformaciones contables. También resulta oportuno citar el proyecto de Ley general Presupuestaria, pendiente de -

aprobación en las Cortes, y cuya entrada en vigor representará una profunda renovación y actualización de nuestro derecho presupuestario, regulada hasta la fecha por la vieja Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, modificada por la legislación posterior.

(23) El principio de anualidad aparecía consagrado - en el art. 33 L.A.C. DUBERGER, Instituciones financieras, Pág. 249, nos explica los fundamentos y las quiebras del -- principio clásico de la anualidad "La vinculación, cada vez más estrecha, entre Hacienda pública y actividad económica general ha conducido a una crítica de principio de anualidad. Los ritmos naturales de la vida económica no se ajustan al calendario gregoriano. La sucesión de periodos de prosperidad y de depresión, siguiendo una periodicidad plurianual, - ha conducido a algunos a propugnar presupuestos adaptados - al mismo periodo y con un carácter cíclico.

(24) DUBERGER, Obra citada, estudia con particular - detalle los programas a largo plazo y el problema de los créditos plurianuales: créditos de compromiso y leyes de programa. Vid. también MEILLAN GIL, La Organización administrativa de los Planes de Desarrollo, Madrid, 1966, donde se plantea el delicado problema de la vinculación entre Plan y Presupuesto, teorema que resuelve la Ley general Presupuestaria en favor del último como no podía ser de otra manera.

(25) También es necesario citar aquí la futura Ley general Presupuestaria que infunde una gran agilidad al manejo de los créditos presupuestarios con el consecuente resultado beneficioso en la actividad administrativa contractual.

(26) Puede decirse lo mismo que en la nota anterior: la nueva Ley general Presupuestaria significará una notable agilización en las formas de realizarse el control financiero de los contratos que ya había simplificado antes la L.C.E. Ahora bien, conciliar la agilidad de la gestión con las garantías que merece el Tesoro público es otro de los temas - eternos de la Administración pública. Como dice GONZALEZ BE RENQUER (Obra citada) Pág. 333, "La conclusión de un contrato puede ir acompañada de irregularidades; puede, sin ser irregular formalmente, constituir un desacierto de administración; puede, por último, lesionar derechos e intereses de terceros. Estos supuestos han de ser previstos en todo buen sistema de contratación administrativa". En la misma línea somos partidarios de frenar en un punto la agilidad del sistema con tal de asegurar correctamente el interés del Tesoro.

(27) Como se verá más adelante la tesis del precio-cierto, ha sido superada en la doctrina contractual moderna por las categorías del precio-justo o precio de mercado o precio razonable pues de estas variadas formas se denomina el nuevo concepto basado en imperativos éticos, económicos y sociales.

(28) El principio de desconfianza ha sido una de las constantes históricas del sistema de contratación, como dice FERNANDEZ DE VELASCO ha servido de inspiración a nuestras - reglamentaciones del siglo XIX: El Real Decreto de 27 de Febrero de 1.852, de Bravo Murillo, primera Disposición relativa a contratos administrativos, imponía en ellos la subasta como forma fundamental, con el propósito, entre otros - "de que servirá mas bien para restringir los actos de la Administración y sujetarlos a límites estrictos que para ampliarlos." Y aún cuando en la actualidad se habla de la -- quiebra del principio de confianza y se atisba un esquema - de colaboración superador "del funcionario sospechoso y del contratista enemigo, imágenes clásicas en la materia, lo -- cierto es que aún sigue imperando la vieja filosofía. Véase por ejemplo este párrafo del informe 6/1963, de 1 de Abril (Memoria de la J.C.C.A. 1960-1971: "Puede afirmarse como cierto que cuantos estudios realice el contratista en relación con la obra están guiados exclusivamente por su interés particular, por el afán de lucro y por el objetivo de realizar los trabajos con la máxima ventaja. No puede esperarse otro tipo de estudio del empresario, ante el presunto negocio -- que supone la ejecución de una obra pública."

(29) Debemos aludir a los artículos 12 párrafo 2º del art. 20 y 54 de la L.C.E. que se han preocupado de corregir por lo que se refiere al contrato de obras las típicas anomalías que se denuncian.

(30) Ya hemos aludido en otro lugar al proyecto de - Ley General Presupuestaria, actualmente pendiente de aprobación por Las Cortes, que constituiría en su día un notable avance sobre la venerable Ley de Administración y Contabilidad de 1 de Julio de 1911. Resulta oportuno citar la Memoria de la J.C.C.A. año 1960-1971 pag. 11 en la cual se proclama una tesis en favor de la eficacia administrativa y superadora del reglamentísimo aseptico. "En definitiva, el fin básico de la Junta es que se realice el Estado de Derecho en esta parcela de la actividad de la Administración pública; pero el Estado de Derecho concebido en un sentido dinámico, es decir, no como el mero establecimiento y cumplimiento de un marco jurídico sino como impulso vivificador de los procedimientos administrativos, a los cuales infunde su finalidad de servicio a los administrados, Porque a los órganos de la Administración no debe bastarles cumplir la norma; es preciso administrar bien, es necesario acertar. De nada vale un acto o contrato administrativo jurídicamente perfecto si su objeto es inútil o desacertado."

(31) Vid. ARIÑO, La Administración Institucional. El autor hace un profundo estudio del "Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado" donde pone de manifiesto - "la falacia y artificiosidad" de su régimen vigente y acaba proponiendo "la jerarquía y la tutela como vías de reintegración a la unidad del Estado".

(32) Todo este epigrafe dedicado a "la estrategia contractual del Estado" constituye, podemos afirmar, una perspectiva novedosa de la institución que estudiamos. De aquí que carezca de antecedentes bibliográficos españoles, no -- así extranjeros ya que en Francia concretamente, como se verá, también han calado en las posibilidades estratégicas -- el contrato del Estado. Citamos nuestro trabajo "Estrategia contractual de la obra pública" publicado en el periodico Arriba el 17 de Octubre de 1.965, en el cual utilizo por -- primera vez la terminología que estudiamos, escribíamos entonces: "Es precisa, pues, una estrategia en la gestión contractual de las obras públicas. No es bastante el estricto cumplimiento de la Ley; hay que administrar. La estrategia es un arte, una habilidad para dirigir negocios a un fin. -- Este arte enseñará cuando y como debe contratarse una obra pública y a veces aconsejará frenar un contrato o supeditar lo a otro o que todo un grupo de obras reciban un tratamiento homogéneo." Véase también "La política de los contratos públicos", documento que formaba parte de las instrucciones que con fecha 28 de Octubre de 1970 el primer Ministro francés CHABAN-DELMAS remitía a los Señores Ministros y Secretarios de Estado, Se citará más adelante.

(33) Esta afirmación la leí en parecidos términos en informe económico emitido por el autor mundial acerca de la economía española. Trata de llamar la atención sobre la trampa que encierran los grandes números y las realizaciones espectaculares. En nuestro trabajo arriba citado decíamos: "No basta con la contemplación de una obra pública terminada. Ha de meditarse si los capitales invertidos en ella han -- aportado a la economía nacional toda la rentabilidad de que eran capaces, pues ésta puede verse profundamente mermada -- por la servidumbre de una defectuosa proyección, contratación o ejecución." Vid. LOPEZ NIETO, La gestión económico administrativa de la inversión pública; LANGROD, Le contrat instrument de action des Administrations publiques.

(34) Citamos aquí a RICHARD-A. POSNER, "Economic Analysis of Law" y ROGER G. NOLL, "Reforming Regulation". En -- ambos casos los autores tratan de hacer un análisis de cuales son las consecuencias económicas de las reglamentaciones jurídicas en diferentes campos. Y viceversa: Si queremos con seguir determinadas finalidades de orden político, económico o social, cuales han de ser las regulaciones adecuadas. La -- interdependencia entre lo económico y lo jurídico queda puesta ampliamente de relieve en términos generales. Reflexione se la trascendencia del tema en el campo contractual del Estado donde la institución es vestidura jurídica de un flujo económico de máxima importancia.

(35) En la política de los contratos públicos podemos leer frases tan importantes como las siguientes: "Los -- contratos públicos alcanzan tal amplitud que ejercen necesariamente una acción sobre la economía general y sobre el

funcionamiento de las empresas" y más adelante "pues bien, - los contratos públicos no pueden ser solamente objeto de regulación y de control. Se necesita una política de los contratos públicos que tienda a la modernización de la economía, a la reducción de los costes y a la estabilidad de los precios, en el cuadro de la política económica general."

(36) La política ... "La primera preocupación de la Administración contratante debe ser la de utilizar lo mejor posible los créditos de que dispone pero, este fin, necesitan atender, no tanto en obtener en cada caso particular el precio más bajo posible, como en llegar ... a una reducción en los costos en beneficio de la colectividad."

(37) La política ... "La coordinación entre la Administración, las Oficinas de estudios y las Empresas, debe desarrollarse a base de confianza recíproca y de toma de conciencia de la comunidad de intereses. El empresario debe ser considerado como mayor de edad y debe comportarse como tal."

(38) La política ... "La puesta en practica de esta política implica una reflexión sobre la mejor manera de celebrar los contratos." "Los servicios no deben de encargar tareas que sería preferible confiar al sector privado" "El objetivo es reducir el importe global de los gastos generales y aumentar la eficacia económica global."

(39) Las preocupaciones sociales han constituido uno de los datos constantes del sistema de contratación del Estado por vía de "clausulas sociales" incluidas en los Pliegos que obligaban al empresario o adjudicatario a cumplir estrictamente la legislación en la materia. Vid. Informe 28/1973, de 22 de Septiembre, Memoria de la J.C.C.A. 1973 que se ocupa de las "cláusulas sociales en los contratos", Informe emitido a instancia de la O.I.T. que pedía explicaciones sobre las soluciones en este punto adoptadas por el Derecho español y que deben considerarse homologables, con los demás países europeos.

(40) Vid. La política .... "En el sector de las obras públicas, esta política debe apuntar especialmente al progreso técnico, a una mayor continuidad de las obras y al desarrollo de la normalización y de la prefabricación, así como a una promoción de la Empresa francesa con el fin de reforzar su competitividad en el plano internacional." Por lo que se refiere a nuestro país es digno de citar la recomendación número 2/1972, de 27 de Octubre dirigida por la JCCA a los Organos de Contratación sobre mejoras originadas por la aplicación del desarrollo tecnológico en la elaboración de proyectos y ejecución y explotación de obras del Estado, cuya finalidad es estimular los estudios administrativos en estos aspectos; también la recomendación número 2/1973, de la JCCA sobre criterios objetivos a utilizar para la admisión previa en los concursos-subasta; a través de estas cláusulas selectivas se fomenta la buena estructura de las empresas, su equipamiento y su tecnología.

C A P I T U L O   I V

NATURALEZA JURIDICA Y CLASES DE CONTRATOS DEL ESTADO



## C A P I T U L O   I V

### SUMARIO

#### NATURALEZA JURIDICA Y CLASES DE CONTRATOS DEL ESTADO

##### I.- LAS OBLIGACIONES ECONOMICAS DEL ESTADO

1. Fuente de las obligaciones estatales
2. Estructura de la obligación contractual del Estado
  - A. Contracción de la obligación
  - B. Reconocimiento de la obligación de pago
  - C. Ordenación del pago

##### II.- SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

1. Ideas generales
2. Los factores jurídicos conformadores
3. Análisis del acto administrativo contractual
4. Notas que caracterizan al acto contractual
  - A. Unilateralidad
  - B. Carácter reglado
  - C. Alcance constitutivo; situación jurídica contractual y situación jurídica reglada

##### III.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

1. Ideas generales
2. Clasificación ordinaria o común de los contratos
  - A. Contratos gratuitos y onerosos
  - B. Contratos conmutativos y aleatorios
  - C. Contratos causales y abstractos
  - D. Contratos consensuales, reales y formales
  - E. Contratos de tracto único y de tracto sucesivo
3. Clasificación financiera de los contratos del Estado
  - A. Contratos de pasivo
  - B. Contratos de activo
  - C. Contratos neutros
4. Clasificación jurídica de los contratos del Estado
  - A. Contratos privados civiles y mercantiles
    - a. Contratos patrimoniales
    - b. Contratos civiles no patrimoniales
    - c. Contratos mercantiles
    - d. Razones que fundamentan la sujeción de estos contratos al derecho privado
  - B. Contratos administrativos
    - a. Características de su régimen
    - b. Clases
    - c. Teorías en torno a los contratos administrativos
    - d. Fundamento del contrato administrativo; la estructura interna del contrato
  - C. Contratos públicos
    - a. Requisitos del contrato público
    - b. Fundamento y clases de contratos públicos
    - c. Otras modalidades del contrato público

## CAPITULO IV

### NATURALEZA JURIDICA Y CLASES DE CONTRATOS DEL ESTADO

#### L. LAS OBLIGACIONES ECONOMICAS DEL ESTADO

##### 1. Fuente de las obligaciones estatales

La obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1.088 C.V.) y pueden hacer "de la Ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitas...." (art.1.089 C.C.). El concepto de obligación y la diversidad de fuentes obligacionales, según nuestro Código, no es posible trasladarlo sin más a la esfera estatal que nos ocupa sin hacer notar algunas matizaciones importantes.

En primer lugar, es necesario distinguir en el ámbito público entre las obligaciones o fines competenciales de los distintos órganos del Estado y las Administraciones Locales y la obligación propiamente dicha.

Por lo que se refiere a la primera acepción del término, tanto en las Leyes Fundamentales vigentes (por ejemplo - artículos 3 y 40 L.O.E.; Fuero del Trabajo...) como en las Leyes administrativas generales y especiales de los Servicios públicos se contiene enunciados descriptivos de las funciones atribuidas a la Administración, a sus distintos Organos y a las unidades dependientes de aquélla. Estos cuadros competenciales definen un "poder hacer" o un "deber hacer" de los entes públicos y no pueden confundirse con la obligación auténtica aún cuando aquellos enunciados sean de antecedente remoto; les falta el dato típico del vínculo obligacional, que es la exigibilidad de su cumplimiento por las personas interesadas en el mismo. Son mas bien "facultades" o "deberes funcionales" que emanan directamente de la norma, no de una previa relación jurídica intersubjetiva. (1)

Las obligaciones para que se puedan calificar como tales se deben corresponder con derechos ejercitables por el que resulta acreedor de la prestación; la interdependencia entre débito y crédito, entre deudor y acreedor, es lo que -

da vida a la relación jurídica típica obligacional. En este sentido ROCA Y PUIG BRUTAU nos dan un positivo concepto de la obligación que es el que con frecuencia se suele olvidar; esto es, en su vertiente de acción de exigir del sujeto activo frente al pasivo del vínculo, con las siguientes palabras: "derecho del acreedor dirigido a conseguir del deudor una -- prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, garantizada con todo el activo patrimonial del obligado". Este enfoque -- dinámico de la mecánica obligacional nos aclara definitivamente que una cosa son las competencias genericas del Estado y de la Administración, las obligaciones que les incumben en -- el marco socio-económico, cuyo incumplimiento genera responsabilidades políticas o tal vez personales de las autoridades y funcionarios, y otra la obligación de contenido económico que debe ser inexcusablemente cumplida por los entes públicos en beneficio directo de un acreedor particular. O sea, la figura del Estado-deudor. (2)

Hablando ya de la fuente de las obligaciones propias no hay inconveniente, en principio, en aceptar la enumeración del C.C. relegando tal vez la figura del cuasicontrato a un segundo lugar pues su aplicabilidad en la esfera pública, al igual que en la privada, tiene un campo de aplicación muy limitado. Las fuentes claves son, por tanto, la Ley, los contratos y los actos y hechos administrativos causantes de daño especial a los administrados; estas fuentes darán lugar a la obligación legal, a la obligación contractual y a la -- obligación extracontractual, respectivamente, de la Administración. (3)

Otro aspecto de interés en nuestro tema es el de la -- determinación de la obligación. Las obligaciones legales del Estado (sueldos funcionariales, pensiones, dietas, subvenciones legales...) tienen el alcance estricto para el Tesoro de la Ley de creación y de la ulterior liquidación singularizada; las obligaciones contractuales se especifican y determi-

nan en cada negocio y por ende su concreción requiere el análisis del compromiso obligacional contraído por los Organos de la Administración; las obligaciones extracontractuales -- son de origen imprevisible y de volumen económico a priori -- incalculable ya que su determinación depende de la intensidad del daño causado. Es decir, todas las obligaciones económicas del Estado, al igual que la de los particulares, necesita una fuente legítima, pero su concreción requiere además unas operaciones de liquidación subsumiendo el título -- en el caso concreto lo que permite precisar el débito y el crédito. La trascendencia de este acto liquidatorio la veremos luego.

Un factor entra en juego en la esfera obligacional -- cuya amplia influencia en la Institución hemos ya comentado y comentaremos todavía más. Resulta que todas las obligaciones económicas del Estado son obligaciones del Tesoro o lo que es lo mismo parte integrante de la Hacienda Pública, vertiente pasiva, y así lo reconocen las leyes de Administración y Contabilidad de nuestro país vigentes y derogadas, si bien es el Derecho Financiero moderno el que perfila definitivamente la cuestión. Pues bien, una de las reglas básicas de este Derecho (artículo 32-39 L.A.C. 1.911) es la necesidad de un crédito legislativo para contraer obligaciones en nombre del Estado y el mismo requisito para que el pago pueda ser exigido a éste por un acreedor. Se dibuja así un mecanismo de responsabilidad condicionada y limitada; condicionada <sup>en</sup> su nacimiento a la autorización legislativa y limitada a los fondos disponibles, en contra de la responsabilidad universal que para los deudores establece el <sup>art.</sup> 1.911.C.C. La trascendencia jurídica del tema se estudiará más adelante. Basta decir aquí que la Ley de Presupuestos actúa a modo de magnífico instrumento regulador de las obligaciones económicas del Estado y habida cuenta su radical importancia en la génesis de aquellas, ha llevado a algunos autores a opinar con acierto que la única verdadera fuente de las obligaciones

que analizamos es la Ley, que las autoriza y que facilita - despues los fondos necesarios para cumplirlos. Porque sin - este fondo de respaldo de la responsabilidad patrimonial no puede existir la obligación jurídica. (4)

## 2. Estructura de la obligación contractual del Estado.

Hemos visto como la Ley, los contratos y los hechos administrativos dañosos son las duentes formales de las obligaciones y como la Ley financiera presupuestaria viene a operar a modo de fuente material y básica de cara al origen y - efectividad de la obligación. Conviene ahora al fin de nuestro trabajo, ofrecer un esquema del vínculo obligacional contractual que nos será de utilidad más adelante.

En la biología de la obligación contractual deben distinguirse tres fases:

A. Contracción de la obligación. La obligación contractual nace obviamente del contrato y el contrato nace al amparo de la Ley Administrativa que autoriza a los Organos de la Administración a celebrarlos de una determinada manera para que resulte obligado el Estado. La contracción de la obligación es una operación jurídica en su forma y en su fondo. Una vez más surge la idea de que en el campo público, bien por los dictados del derecho financiero bien por el aparato normativo del derecho administrativo, los órganos y administradores públicos, no pueden realizar otros actos ni contraer otras obligaciones económicas que las autorizadas por las leyes y sujetándose precisamente a lo que éstas indican. Razón por la cual no cabe contraer otras obligaciones contractuales que las que se adaptan íntegramente, incluida la voluntad privada acreedora, al mandato legal

Ahora bien, el contrato implica unos compromisos que - deben ser inexcusablemente cumplidos por las partes. Las obligaciones contraídas por las mismas están recíprocamente condicionadas; en mérito del viejo axioma civilista "exceptio non

adimpleti contractus", incorporado al Derecho Financiero, - las obligaciones de los contratantes sólo son exigibles por cada parte cuando ella misma ha cumplido correctamente sus obligaciones. Además, el alcance exacto de las obligaciones económicas depende de las estipulaciones específicas que - contienen y de las particularidades de su cumplimiento. En otras palabras, que la determinación de la obligación económica requiere un proceso de reconocimiento y fijación.

La contracción de la obligación es un acto económico-administrativo que procede de la Administración gestora de - los Servicios públicos ya que se identifica con la perfección del contrato. Su estudio se realiza en otra parte de este capítulo.(5)

B. Reconocimiento de la obligación de pago.- El -- particular contratante tiene derecho, cumplidas correctamente sus obligaciones, a que el Estado cumpla las suyas, o sea, que le pague los bienes o servicios prestados en los contratos de pasivo que son a los que esencialmente nos referimos.

Antes del pago se produce un segundo acto administrativo procedente también de la administración gestora, en virtud del cual, de acuerdo con lo establecido en el contrato - y con sujeción a la Ley de Presupuestos se fija economicamente la obligación de pago.

Este nuevo acto no es declarativo de derechos sino de reconocimiento de un derecho que dimana del propio contrato. Su finalidad es precisar el alcance económico y la legalidad de la obligación de pago antes de realizar el mismo. (6)

C. Ordenación del pago.- El reconocimiento de la -- obligación de pago desemboca, al fin, en la realización de éste por el Tesoro. (7)

Esta realización es consecuencia de un tercer acto administrativo que es el de ordenación del pago cuya competen-

cia está atribuida al Ministerio de Hacienda por lo que se refiere a la Administración centralizada y a los propios - Organismos Autónomos cuando el pago es secuela de una obligación contraída por éstos; esta posibilidad de ordenar -- sus propios pagos es el dato más significativo de las autonomías financieras de los Entes Autónomos. Y todo ello -- porque la ordenación del pago consiste en un acto de disposición de los caudales públicos y de conformidad a la prestación realizada por el acreedor, decisiones de la mayor -- importancia.

La biología de la obligación contractual del Estado pone de relieve dos aspectos relevantes:

- Que el cumplimiento de la obligación por el Estado ó, lo que es lo mismo, la realización de su derecho por el acreedor, se culmina a través de tres actos administrativos sucesivos de contracción-reconocimiento-ordenación -- que son competencia exclusiva de la Administración. La dinámica del vínculo obligacional se absorbe en el marco funcional jurídico-administrativo y desemboca en un procedimiento impulsado por la Administración.

- En ningún momento la agresión del acreedor contra el Estado condiciona la prerrogativa administrativa de decidir primaria y ejecutivamente lo que es Derecho en las relaciones donde interviene, de manera que la Administración deudora lo es también definidora de la legitimidad -- del crédito privado.

En suma, que esa evolución que se observa en el Derecho moderno de obligaciones, superadora de la tesis tradicional apoyada en los precedentes romanos conforme a la cual la obligación es ante todo un vínculo persona-persona, que abunda en favor de la objetivación y patrimonialización de la relación encuentra en el aérea de las obligaciones de la Administración una expresiva confirmación. Si en la relación obligacional no deben enfatizarse hoy la sujeción de un ser

humano a otro nada más oportuno en la esfera pública donde no es admisible que la Administración quede sujeta por un particular acreedor ni tampoco que este ciudadano sea un juguete sin más del poder de aquélla. El movimiento socializador ha invadido todo el sistema jurídico obligacional y el Derecho emerge, en definitiva, como el arbitro magnífico del conjunto de relaciones sociales y con mucha más fuerza todavía en las relaciones del Estado con los individuos.(8)

La obligación económica del Estado con un particular envuelve, en definitiva, una relación objetiva de intereses entre el patrimonio público y un patrimonio privado - que, con sujeción a las leyes, la Administración establece y ejecuta. No es exagerada la imagen descrita de la Administración en este tema, como artifice imparcial de un flujo - patrimonial Estado-individuo de doble sentido y mera ejecutora de las leyes que a ésta operación afectan. Ideas estas indiscutibles en un sistema de contratación del Estado como el de nuestra Patria donde el protagonismo no lo ostentan - los Organos gestores sino el legislador que ha montado un - aparato de procedimientos inteligentes cuya finalidad es armonizar el interés público y el interés privado en cada figura contractual.

En otro lugar de este trabajo se completará la definición de la figura Estado-deudor, poniendo de relieve otras prerrogativas que ostenta así como la figura del Estado- acreedor contractual.

## II. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

### 1. Idea general.

A lo largo del presente estudio se ha tenido la oportunidad de poner de relieve los rasgos que caracterizan a los elementos básicos de esta institución así como el complejo de fenómenos jurídicos, administrativos, financieros y técnicos que deben barajarse para llegar a una comprensión in-



gral de los fines de la misma. Parece llegado el momento de estudiar qué son jurídicamente los contratos del Estado. No basta para nosotros, con poner de relieve las diferencias que manifiestan frente a los sinónimos civiles; es necesario examinarlos como figura contractual autónoma, dotada de amplias facetas, y tratar de comprenderla tal como es y no por mero contraste con el esquema del derecho común que, sin em barto, debe continuar siendo la raíz indiscutibles de nuestra institución.

Sólo entonces se podrá afirmar la singularidad de es ta institución frente a los que la conciben como una simple gama de peculiaridades y adquiere su verdadero sentido esa frase que luce en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Contratos del Estado: "La sumisión preferente al derecho administrativo es la característica normativa que otor ga a los contratos del Estado regulados por la Ley su perfil institucional, y los configura como una categoría independiente con alejadas raíces en el derecho privado de obligaciones que seguirá aportando, mañana como ayer, el valor secular de su esquema jurídico; contrato y derecho administrativo se unen para dar vida a un ente original". Penetrar en la problemática de este "ente original" es el propósito del presente Capítulo. (9)

Conviene resaltar a este respecto que cuantas elucubraciones jurídicas formularemos a continuación sobre la naturaleza del contrato del Estado, lo son con referencia al Derecho administrativo español y en particular a los principios normativos en que se asienta nuestra L.C.E. La concepción unitaria del contrato en el ámbito de nuestra Administración, según este texto, basada en la primacía del procedimiento, de la metodología, sobre la libertad o iniciativa de los Organos, es lo que infunde al fenómeno su originalidad en nuestro país y lo que fuerza al jurista a la búsqueda de explicaciones también originales.

¿Que consecuencias tiene la confusión en una sola institución de dos ramas diferentes del Derecho, regidas cada una de ellas por dispares principios? La primera, por lo que se refiere a los contratos del Estado, que la institución - sea capaz de tener una racional explicación en el propio derecho común pues si así no fuese se desvanecería su naturaleza original y estaríamos ante un fenómeno jurídico diferente; - la segunda, que el derecho administrativo al interferir el tema no haga dejación tampoco de las premisas que lo inspiran. Si para aceptar el contrato en la esfera pública decimos que la Administración debe comportarse como una persona privada no hemos resuelto el problema sino que lo hemos rehuido con una solución tangencial; si, por el contrario, arguimos que el contrato del Estado es una situación jurídica remodelada en el derecho administrativo con efectos análogos a los del derecho civil también hemos obviado el dilema de - dar una explicación al enfrentamiento de ambos conceptos, - conservando cada uno de ellos su auténtico mensaje.

El contrato del Estado puede, en efecto, enfocarse de dos formas diferentes: Como modalidad más o menos sustantiva del contrato civil o como modalidad peculiar del acto administrativo. En el primer caso, la explicación de la figura debe tratar de hacerse utilizando la ciencia civil y traduciendo a ésta todos los rasgos y circunstancias que rodean a los contratos del Estado; en el segundo; se examinaría el tema desde el prisma del derecho administrativo y se explicaría a través de sus principios la naturaleza de los negocios voluntarios que celebran las autoridades administrativas. La técnica habitual de trabajo de nuestros juristas ha sido la primera, reputando el contrato del Estado como una variedad del contrato civil. (10)

Nuestro método consistirá en barajar simultáneamente ambas ramas jurídicas tratando de encontrar en ellas racional explicación. Si todo el Derecho es un orden armónico,

debemos pensar que las instituciones son tambien un todo coherente, que no encierran antinomias que las convierten en meras construcciones positivistas. Si hablamos de contratos del Estado es porque son contratos pero no contratos ordinarios, sino del Estado, y este dato infunde al binomio no un matiz o modulación sino una naturaleza diferente.

Y todo ello, no obstante la enorme variedad de lo contractual del Estado donde se confunden aparentemente negocios sujetos al derecho civil como los patrimoniales, o negocios híbridos como los administrativos, con negocios subsumidos íntegramente en la normativa del derecho administrativo. Una doctrina sobre esta institución solo puede reputarse válida si brinda una explicación global de los contratos del Estado.

## 2. Los factores jurídicos conformadores.

El cuadro de factores jurídicos influyente es deducción y síntesis de las ideas que en anteriores capítulos han sido explayadas y lo que interesa ahora es una recordación general:

A. Lo contractual del Estado, que se manifiesta a través de pactos, contratos, convenios y negocios voluntarios entre administradores y administrados, es una alternativa normal del poder de la Administración para ordenar la conducta de los ciudadanos en sentido direccional público.

B. El contrato privado en su sentido racional moderno (carácter abstracto, trascendencia del equilibrio de intereses, función social, importancia de las formas, peculiaridades de la contratación en masa....) debe ser el concepto utilizado en la institución que nos ocupa, con relativo olvido, por ende, de la imagen del contrato voluntarista, espontáneo conflictivo y espiritualista que nos brinda el derecho civil histórico. Esta actitud es pues consecuencia de la profunda revi-sión de que han sido objeto las ideas básicas del liberalismo decimonónico ante las ansias de justicia y racionalidad de las comunidades contemporáneas.

Por otra parte, debe recordarse que las situaciones jurídicas de tipo contractual, es decir, las que vinculan recíprocamente a dos personas por un entramado de derechos y obligaciones, pueden nacer, según las propias leyes civiles, de la voluntad unilateral, de las leyes o de la voluntad de un tercero. En otras palabras, que no solo el contrato dá lugar al nacimiento de relaciones jurídicas bilaterales entre dos sujetos.

C. la Administración pública o conjunto organizado de administradores es una parte integrante del Estado que no -- tiene otra personalidad jurídica que la deducida de su función representativa. Consecuentemente, los administradores -- se nutren de la personalidad de los administrados representados.

El mandato solemne que legitima el actuar de la Administración es el derecho administrativo, que concede a las autoridades y funcionarios las atribuciones precisas de mando y administración para la consecución de los fines públicos.

D. Por tanto, la Administración no puede contraer -- obligaciones ni adquirir derechos frente a los administrados sino de acuerdo con los requisitos de fondo y forma marcados por el mandato legal y al cual se supedita la autonomía de voluntad de los órganos de aquélla. El actuar discrecional o voluntarista es axioma normal en el derecho privado y excepción para los administradores públicos, sujetos a competencias v procedimientos estrictos v legales.

El principio de legalidad adquiere, además, notable énfasis en la gestión económico-administrativa que es, justamente, la contractual, por cuanto confluyen en la misma los requisitos del derecho administrativo y las exigencias del derecho financiero.

Esta afirmación es otra resultante de la definición -- que barajamos del derecho administrativo como conjunto de normas

que regulan la Administración en su ser orgánico y en sus relaciones con los administrados. En el esquema español el derecho básico común regulador de las instituciones y figuras jurídicas es el derecho de los particulares, y el derecho administrativo el derecho de la organización y de los actos de la Administración. Pero ocurre que el derecho civil y mercantil ~~que~~es donde ese derecho común se ha elaborado - hasta ahora, está solo meditado para regular las relaciones de personas iguales, libres e interesadas directas, y nada - mas disconforme con la problemática pública en la cual la Administración es un ente representativo, desigual en cuanto a su poderío frente al individuo, condicionada su voluntad por la norma y carente de intereses propios, pues su única legitimidad radica en la defensa del interés colectivo. La heterogeneidad de las premisas no puede ser más evidente. La presencia del derecho civil solo es concebible en la época del Estado liberal puro pero no en la Administración social moderna que vá absorbiendo, a costa del sector privado y con su sacrificio constante, plúrimas funciones. (11)

No quiere ello decir, de ningún modo, que los principios jurídicos que se han expuesto sean incomprensibles en el pensamiento civilista. Es decir, que buceando en nuestro códigos privados se podría justificar también en favor de la Administración, en su carácter de suprema corporación pública, un estatuto jurídico semejante.

El artículo 37 del Código civil se ocupa de las corporaciones públicas para fijar el régimen de su personalidad jurídica. Dice el precepto citado que "la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido". Esta declaración significa tanto como admitir que las normas administrativas reguladoras de las corporaciones se imponen sobre las civiles ordinarias y que pueden modelar un régimen peculiar de expresión de la personalidad jurídica y de la capacidad de obrar, y, por ende, de la capacidad contractual.

Por lo que se refiere a la gran corporación pública -

nacional integrada por el Estado y la comunidad política, - correspondería, en consecuencia, al derecho administrativo la regulación, con preferencia al derecho civil, de la organización y funcionamiento de aquélla. El derecho administrativo en su papel de estatuto jurídico básico de la Administración, constituye la nervadura por donde fluye la personalidad de los órganos de gestión y las particularidades de - sus actuaciones frente al derecho civil. (12)

3. El contrato del Estado como acto de la Administración.

Sabemos que el acuerdo de voluntades es el cimiento - de todo contrato. Esta idea trasladada puramente a la contratación del Estado significaría afirmar que el mismo nace del cruce de la voluntad del órgano y de la voluntad del co laborador privado. ¿Es esta afirmación válida en el Derecho español? ¿Es posible la confusión de la voluntad pública con la voluntad privada en un punto equidistante de ambas partes a semejanza de lo que sucede en el derecho civil?

Podemos afirmar, de contrario, en base a los razonamientos que se expondrán que el contrato del Estado, a diferencia del contrato común, es un "acto de la Administración dictado por un Organo competente para obligar al Estado que, incorporando el consentimiento interesado de una persona manifestado en el procedimiento de generación de aquél, crea un vínculo de derechos y obligaciones económicas entre las partes amparado por el derecho administrativo".

A la expuesta definición se le podrá criticar, después de una primera lectura, de su excesiva generalidad pues dentro de ella caben aparentemente otros tipos de actos administrativos que necesitando para su validez la voluntad de la - persona interesada no merecen, sin embargo, la consideración de contratos. Para salvar esta primera crítica debe hacerse notar que el concepto del contrato que debe manejarse en lo contractual del Estado debe ser muy amplio pues comprende, - en principio, todos aquellos casos en que la Administración margina los procedimientos coactivos u obligatorios en sus -

relaciones con los administrados y acude a la técnica de los negocios voluntarios. (15)

Otra actitud diferente, que es la que defendemos, consiste en arrancar de una definición genérica del contrato del Estado, paralelamente a lo que sucede en el derecho civil con la figura del negocio jurídico, y matizar ulteriormente las características de la rica gama de relaciones contractuales que comprende.

La distinción entre acto administrativo y contrato ha ocupado la atención de los científicos que oponen ambos conceptos como categorías irreductibles: el acto administrativo es manifestación unilateral del poder que ostenta la Administración y, por el contrario, el contrato es negocio bilateral, basado en el mutuo consenso y en la igualdad de poder de los individuos ante la Ley. (14)

La posición del jurista alemán OTTO MAYER es la más clásica y representativa de esta opinión. "El contrato, -- afirma, es una categoría inaplicable al derecho administrativo, pues entraña igualdad jurídica de las partes y, en cambio, la Administración actúa siempre en una posición de supremacía". Entre nuestros autores BOQUERA se inspira en las mismas ideas cuando arguye que "poder administrativo y contrato son conceptos incompatibles". Los autores que mantienen esta posición intransigente aceptan, sin embargo, el contrato privado de la Administración sobre la hipótesis tradicional de que cuando la misma los celebra actúa despojada de sus poderes y operando como una persona jurídica más; lo que no aceptan de ningún modo es que la Administración pública como poder ejecutivo del Estado pueda realizar verdaderos contratos con los particulares. (15)

Esta corriente doctrinal, muy difundida, parte de una tesis que hemos discutido en otro lugar: que la Administración puede actuar, según las circunstancias, investida de sus poderes o despojada de ellos, aseveración que discuti-

mos en cuanto estimamos que el grupo de administradores - tiene concedidas todas las competencias idóneas para la - consecución del fin público. Y entre estas competencias - el acto contractual es una alternativa del acto ejecutivo. La idea gerencial predomina sobre el esquema autoritario - que muchos atribuyen como dato expresivo del ente público.

Teorías más moderadas que las anteriores han venido a aproximar los conceptos de acto y contrato: JELLINEK construye la categoría del acto administrativo bilateral en la cual encaja cómodamente el contrato; FORSTHOFF nos habla - de los negocios jurídicos bilaterales o actos administrativos necesitados de cooperación privada y dibuja también el concepto de contrato público cuyo dato es la sujeción al - derecho administrativo; SALZWEDDEL adopta una posición ecléctica afirmando que "el acto y el contrato son dos caminos - potencialmente abiertos a la Administración y en gran medida intercambiables"; GARRIDO FALLA admite la figura del acto-condición que es aquel cuya validez se hace depender de una voluntad privada interesada. Por último, el propio VILLAR PALASI rompe la dicotomía tradicional cuando sienta la tésis que condensan las siguientes palabras: "El que sea calificado como contrato o como situación estatutaria dependerá en cada caso, de la normativa vigente. Por otro lado, la distinción no entraña tampoco en nuestro Derecho graves diferencias de régimen, pues actualmente se ha producido un - acercamiento de las categorías en nuestro ordenamiento jurídico". Pone de relieve que el acto administrativo declarativo de derechos es, en principio, irrevocable, como sucede - con el contrato, pero, sin embargo, en éste actúa la "potestad variandi" que no tiene lugar en aquél con lo cual los conceptos se entremezclan haciendo difícil la distinción. "Por lo demás, continúa diciendo, hay un tratamiento jurídico común al acto y al contrato en muchos puntos: competencia, --



procedimiento del gasto, responsabilidad y también, en cuanto a derechos adquiridos".

Desde nuestro punto de vista acto administrativo y contrato del Estado, en toda su variada tipología, no son más que aspectos de los actos de la Administración sujetos a Derecho. Tal vez la expresión acto administrativo, acuñada desde la sola perspectiva de la Administración ejecutiva y prepotente, esto es, con las solas miras puestas en la relación jurídica administrativa obligatoria, sea en parte la causa del enturbiamiento del tema. Si en vez de actos administrativos hablásemos de actos de la Administración, dando todo el valor de la expresión a la idea de que consiste en una declaración de voluntad pública con efectos jurídicos es claro que habríamos eliminado uno de los obstáculos de la problemática. No parece haber duda sobre que el contrato del Estado es un acto de la Administración y de que ésta solo puede obligarse en virtud de sus resoluciones dictadas con arreglo a las leyes.

El papel que desempeña la voluntad privada en este singular mecanismo del contrato del Estado se examina a continuación, al tiempo de profundizar en la definición más arriba dada sobre la figura que estudiamos.

### 3. Análisis del acto administrativo contractual.

La aseveración formulada de que el contrato del Estado es una modalidad del acto administrativo es la que se estima más básica del enunciado. Significa la conversión al derecho administrativo de la idea de contrato que subyace en nuestro derecho civil. El contrato se nos presenta en éste como negocio bilateral y el acto como decisión unipersonal; en el derecho administrativo un acto dará vida a la situación jurídica contractual.

Para que esta contradicción de posiciones no resulte ex-

cesivamente chocante conviene recordar al lector lo que se dijo en otro lugar sobre las situaciones jurídicas de tipo contractual constituidas unilateralmente, bien por la ley o por la voluntad de un tercero, que encuentran explicación en el propio derecho civil. El solo acto o la sola voluntad de una persona puede generar unas obligaciones recíprocas - con otra u otras personas. (17)

Según el Código civil el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse (art. 1.254), se perfecciona por el mero consentimiento (art. 1.253) y éste se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación (art. 1.262). Quiere ello decir que el contrato civil es una síntesis consensual de la que germinan unos efectos jurídicos, amparados por la norma. A la confusión de voluntades de dos o más individuos en orden a un interés común el derecho reconoce virtualidad y eficacia obligatoria. Se trata en definitiva de dos actos humanos, iguales, simultáneos y convergentes hacia el fin jurídico querido, secuela de las relaciones sociales y de las necesidades individuales que deben satisfacerse en una comunidad regida por el principio de la división del trabajo.

Por su parte el acto administrativo es sinónimo de declaración de voluntad de la Administración dirigida a producir también un efecto jurídico; o como dice con más precisión ZANOBINI: "Es acto administrativo cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa". (18)

Acto administrativo es sobre todo conjunción de la voluntad del órgano con el principio de legalidad, razón por la cual, afirma GARRIDO FALLA "la noción de acto administrativo es indudablemente una consecuencia de la sumisión de la Administración pública a un régimen de derecho". Consecuentemente si los efectos jurídicos del acto administrativo

nacen de la yustaposición de la voluntad de un órgano con el Derecho, lógicamente la obligación contractual del Estado no puede derivar del mero concurso de la oferta privada y la aceptación de este órgano como sucede en el derecho común. El órgano no tiene voluntad propia y se limita a ejecutar la voluntad de la Ley. (19)

Prente a la idea que late en el derecho civil del contrato como acto conjugador de voluntades, nos hallamos que la unilateralidad y la legalidad son los rasgos típicos del acto administrativo. Los órganos solo pueden comprometer al Estado mediante actos y resoluciones que ellos mismos dictan a la vista de los fines públicos que tutelan y en ejecución de las leyes. Cuando adjudican un contrato de obras aprueban una venta o adquisición, nombran un funcionario, -- aceptan una donación, formalizan un concierto económico, etc. el órgano competente dicta un acto unilateral de aprobación que es la verdadera fuente de las obligaciones contractuales del Estado porque ~~lo virtualiza~~ la legislación de contratos y demás normas del derecho administrativo. (20)

Ante la proposición de contrato que formula el particular el órgano responderá no con un acto voluntario de aceptación, sino con un acto administrativo de aprobación, que no es mera aceptación sino constitutivo ex lege de la obligación contractual. Esta aceptación peculiar administrativa se dicta en base a una proposición particular pero su fuerza vinculante no surge del concurso de voluntades, como en el derecho civil, sino de la virtualidad jurídica que emana del acto -- administrativo, fruto de un procedimiento de contratación reglado en el cual la adhesión de la voluntad privada es una pieza más de las varias actuaciones y resoluciones que componen el sistema. El sistema, el aparato formal y material de la contratación del Estado, suplirá a la espontaneidad de la voluntad.

La tesis que se mantiene recuerda la teoría de los - actos bilaterales expuesta por JELLINEK, semejante a la - del acto-condición, con una diferencia importante. Según - nuestro punto de vista, más próximo a OTTO MAYER en su interpretación negativa de los contratos administrativos, todos los actos de la Administración son radicalmente unilaterales porque solo admiten como fuente legitimadora el interés público y la norma también pública que actúa de soporte; la voluntad del particular es un requisito pero no la causa del vínculo contractual, pues si así fuese admitiríamos limitaciones de interés particular al cuadro de potestades administrativas basadas en el derecho y creadas para la realización de éste.

Ahora bien, si es el derecho, el principio de legalidad, el que disciplina la prepotente voluntad pública y - gracias a él surge el fenómeno contractual en la Administración es obvio que la voluntad privada no puede tener en nuestro campo la potencialidad que ostenta en el mundo privado. Los contratos del Estado son un fruto de la Ley administrativa y por ello, se dijo en otro lugar, la "lex contractus" en esta institución se supedita al imperio de la - norma positiva, afirmación que no se desvirtúa ni aún en el caso de los contratos con efectos civiles de la Administración, pues si ésta se presenta para conseguirlos desprovista aparentemente de su supremacía ello sucede, como se verá, por conveniencias del interés económico público y por así - permitirlo el estatuto de aquélla.

El debilitamiento de la voluntad privada en la esfera contractual del Estado dimana, además del principio de legalidad rector de la voluntad pública, <sup>en</sup> el hecho de que el

ente supremo no necesita de modo imprescindible del contrato para la consecución de sus fines; el ejercicio de sus potestades le permitiría, cabalmente, obtener los mismos bienes y servicios cerca de los patrimonios privados por la vía coactiva y expropiatoria. Es decir, que si los administrados no brindasen voluntariamente su colaboración el Estado la exigiría de modo coactivo.

¿Que significado tiene entonces la voluntad privada en el contrato del Estado? El significado de la declaración de voluntad privada que se inserta en el procedimiento de generación del contrato no tiene otro alcance que el que le concede en cada figura contractual, según los casos, el régimen jurídico aplicable. (21)

La debilidad de la voluntad privada en la contratación pública tiene en compensación la protección de la propia ley administrativa que hace suyo también el interés privado para coordinarlo con el público, de la forma más equitativa. La voluntad de la Ley suple y fortalece la agresividad privada que aparece frenada en el ámbito administrativo.

La voluntad manifestada por el particular en el procedimiento pone de relieve, en fin, un interés receptivo en el objeto del contrato, que capta la Administración. Si el interés privado coincide con el interés público el órgano produce el acto administrativo contractual.

Lo genuino de la voluntad privada incorporada al procedimiento es la apetencia de constituir a su favor la situación jurídica contractual cuyos efectos los enmarca el propio acto administrativo, bien con referencia a una nor-

mativa aplicable, bien con referencia a los pactos o condi  
cionamientos que ademas de aquella normativa predeterminan  
las consecuencias recíprocas de la resolución. Cuando la -  
voluntad del particular pone en marcha o se incorpora a un  
procedimiento administrativo cuya resolución no conlleva -  
la creación de un vínculo bilateral de derechos y obligacio  
nes económicos entre Administración-administrados nos halla  
rémos ante una situación o relación jurídica típicamente le  
gal, extraña a la idea de contrato. (22)

#### 4. Notas que caracterizan al acto contractual.

El exámen de las notas que caracterizan al acto contrac  
tual nos servirá para comprender con más profundidad la tesis q  
ue se expone:

A. Unilateralidad. La unilateralidad, consecuencia  
de lo comentado más arriba, significa que el contrato reci  
be su eficacia jurídica de la voluntad pública que actúa de  
modo creador dominante; la adhesión de la voluntad privada  
colaboradora es solo acto preparatorio integrado en el pro  
cedimiento generador del contrato. Se trata de una diferen  
cia sustancial en relación con la génesis del contrato pri  
vado donde, según PUIG BRUTAU, "la oferta civil tiene un -  
carácter esencialmente comunicativo o transitivo". (23)

Para CORBIN, que cita el mismo autor, "la oferta civil  
es el acto de una persona por el que confiere a la otra -  
el poder jurídico de crear el contrato; la aceptación es el

acto mediante el que se ejercita el poder que deriva de la oferta". Pues bien, en el ámbito administrativo, la generación del contrato no dimana del ejercicio del poder que brinda la proposición privada sino de la potestad que la ley concede a la autoridad competente para crear situaciones jurídicas obligatorias, a la vista de aquella proposición y en el cauce de un procedimiento preestablecido. (24)

Sin la participación de la voluntad privada no podría existir, en efecto, la noción de lo contractual del Estado pero de ningún modo tampoco sin la competencia de una autoridad administrativa y, sobre todo, sin la norma jurídica que la faculta para obligar a la Administración en la vía negocial. Al ejercitar esta facultad es cuando se abre el camino para la creación de la situación jurídica contractual, apoyada en la voluntad privada interesada.

B. Caracter reglado. La unilateralidad es la secuela del poder jurídico y representativo que ostenta la Administración y el carácter reglado, un propósito de asegurar - tanto el interés público como el privado.

El peligro de todo poder, tanto el del Estado como el que tienen los individuos, es la arbitrariedad, la injusticia y el menosprecio de los intereses más débiles. El Derecho administrativo, consciente de la posición debilitada de la voluntad colaboradora, ha elaborado un sistema orgánico que obra el milagro de igualar a ambas partes en el terreno de los intereses económicos.

La generación y emisión del acto contractual está sujeta a derecho; la autonomía de la voluntad pública se desenvuelve en un marco normativo que es el que define el auténtico consentimiento público creador del contrato. Lo importante no es la voluntad de la autoridad administrativa sino su competencia para aplicar y ejecutar las leyes reguladoras de los actos administrativos.

El principio de legalidad aparece consagrado, en el derecho español, en el art. 1 de la Ley de Contratos del Estado cuando dice: "Los contratos que celebre la Administración del Estado con personas naturales o jurídicas se ajustará a las prescripciones contenidas en la presente Ley y en sus disposiciones reglamentarias." Este precepto reafirma el carácter reglado de lo contractual del Estado en cuyo ámbito lo discrecional opera en puntos concretos y limitativos. (25)

El principio de legalidad opera fundamentalmente en orden a las competencias y procedimientos de gestión contractual.

La fijación de competencias es dato de la mayor relevancia pues implica la concreción en autoridades determinadas de la facultad contractual administrativa y, consecuentemente para atender a finalidades específicas. En efecto, los fines públicos genéricos de la Administración se convierten en finalidades específicas de los órganos y, por ende, de los actos de sus autoridades rectoras. El acto administrativo deja de ser una abstracción y adquiere una dimensión objetiva y un sentido direccional. Resulta entonces - que la índole de la situación jurídica contractual a constituir deberá estar en íntima conexión con las competencias específicas a que el órgano trata de servir, lo que obliga a su vez a una estrategia jurídica diferente en cada tipo contractual. El carácter polifacético de nuestra institución, dentro de su unidad, reside precisamente en el abanico de finalidades que promueven los órganos por medio de los contratos cuya estructura interna y su mecánica operativa es diferente en cada uno de sus tipos.

Por lo que se refiere al procedimiento, cuyo estudio a fondo se realizará en el capítulo siguiente, es de particular trascendencia en nuestro tema. La importancia del procedimiento en la esfera contractual no es privativa del Derecho administrativo. Desde el Derecho civil es también



perfectamente comprensible el formalismo que envuelve al - contrato del Estado pues aquél exige ordinariamente formas "ad solemnitatem" cuando se trata de negocios que aconsejan este requisito para la seguridad del tráfico, cuando hay intereses de menores o incapacitados etc.

Algunos autores califican a los actos de la Administración, genéricamente, como actos-procedimiento para poner de relieve que los mismos no son fruto de un querer individual y libre de la autoridad competente sino que son la resultante de una suma de solemnidades que deben ser realizadas para completar su validez. El contrato del Estado es un supuesto típico de acto-procedimiento, pues el órgano competente para contratar en nombre de aquél solo puede desarrollar esta capacidad por las vías legales fuera de las cuales perdería su validez.

No obstante, como se anticipó en párrafo anterior, la competencia contractual de los órganos tiene también un aspecto discrecional relevante. Como dice ARIAS de VELASCO - "En todos los actos, por reglados que sean, existe un poder discrecional mayor o menor, y en todos los discrecionales - por libres que los supongamos, se ejercita una actividad - más o menos reglada." (26)

En efecto, en los contratos del Estado está permitido a la Administración, según el art. 3 de la L.C.El que concierte con los particulares "los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los - principios de buena administración".

Lo discrecional fluye en nuestro campo, por una parte, a través del poder de iniciativa que se concede a las autoridades competentes en términos casi idénticos a los esta-blecidos en favor de los particulares por el art. 1.255 del Código civil. La diferencia sustancial estriba sin embargo,

en el distinto papel que desempeña el ordenamiento jurídico en uno y otro campo: para la Administración el Derecho es - el fundamento de su ser y de su actuar; para los particulares solo un límite de los pactos y contratos que, en principio, se presumen lícitos y eficaces. La interpretación - coordinada de los artículos 1 y 3 de la L.C.E. cimenta esta afirmación. Además, la referencia al interés público y a los principios de buena administración que el segundo artículo citado consagra, implica una insalvable frontera para la libertad de pactos o autonomía de la voluntad del órgano administrativo. La propia L.C.E. se ocupa en su articulado de fijar, con referencia a los administrativos pero que con alcance supletorio o análogo afecta a todos los contratos del Estado, los requisitos formales que deberán cumplirse en el ejercicio de la libertad contractual, cortando el camino, como regla general, a las negociaciones y tanteos - directos típicos del contrato privado e imponiendo el sistema del Pliego de condiciones de elaboración previa unilateral - administrativa, en búsqueda de la voluntad adhesiva privada.(27)

Otra manifestación de lo discrecional se halla en el acto de aprobación del contrato. Si exceptuamos aquellas figuras de contratos normados en las que la generación del mismo se produce de forma automática, una vez manifestada - la voluntad privada, la regla general es que la Administración está facultada para ponderar la propuesta de contrato mas ventajosa en base a criterios, según los casos, económicos, técnicos o científicos. Es decir, que el contrato - se perfecciona no en virtud de una automática aplicación - reglamentaria, salvo las excepciones citadas, sino en base a un juicio inteligente de la autoridad competente. Incluso en la subasta libre al alza o a la baja, cuyo automatismo parece contradecir la tesis descrita le es posible a la autoridad competente, como se verá, apreciar dentro de cier

tos límites las proposiciones presentadas.

Sin embargo, este juicio final del órgano al tiempo - de la aprobación del contrato mas que verdaderamente discrecional cabría calificarlo de moderadamente reglado; es decir, aún cuando la aprobación no es un acto jurídico mecánico el órgano se verá obligado a cumplir en su decisión el derecho que le obliga a adjudicar al mejor postor, al - que haga la oferta más conveniente, a aceptar el precio - justo, a aceptar la proposición más interesante para el Estado.... Estos condicionamientos, unidos a los principios de buena administración, determinarán un comportamiento - del órgano con libertad limitada y discrecionalidad aparente.

Comenta VILLAR PALASI que "aún en este campo propio - del poder discrecional de las administraciones públicas, - la autonomía de la voluntad de la Administración es mucho más restringida que la de un particular, pues no puede actuar en la gestión del interés público de forma arbitraria y con desviación de poder". La observación tiene su importancia porque, como se recordará, en el sistema de contratación español está conferida al nivel político y no al administrativo la facultad de aprobar los contratos. (28)

Para que esta mezcla de lo discrecional con lo político no se convierta en un elemento perturbador del sistema, el triunfo pleno del principio de legalidad debería conseguirse vitalizando en los procedimientos el papel de los - órganos técnico-administrativos que no deben ser meros gestores sino partícipes eficaces en la formación de la voluntad administrativa.

C. Alcance constitutivo; situación jurídica contractual; situación jurídica reglada.

Frente al acto administrativo ordinario y la norma ~~de~~ general aplicación el acto contractual constituye ex-novo una -

situación jurídica singular y bilateral entre la Administración y un particular; esta situación envuelve un entramado de derechos y obligaciones entre las partes análogos a los del contrato.

La situación jurídica constituida se sustenta en dos axiomas: el deber de cumplimiento de la Administración a tenor de la misma como indica el art. 3 de la L.C.E. o, lo que es lo mismo, la irrevocabilidad del acto contractual; y segundo la obligación de cumplimiento del contratante - privado. Estas notas, que reciben distintos matices según los tipos de contrato, no son exclusivas de la institución que nos ocupa e inspiran todo el sistema administrativo español. Son pura secuela del carácter declarativo de derechos que reviste el acto contractual. Por este motivo ha podido decir VILLAR PALASI que "hay un tratamiento jurídico común al acto y al contrato en muchos puntos: competencia, procedimiento del gasto, responsabilidad (régimen común de los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico) y también como hemos dicho, en cuanto a derechos adquiridos". La fuerza constitutiva del acto implica una coordinación jurídica del interés privado con el público, una interdependencia obligatoria entre las partes cuya violación determina el deber de indemnizar los daños a la contraria. (29)

La situación jurídica contractual del Estado se constituye gracias a un acto de voluntad de los órganos administrativos competentes para contratar por el mandato legal, y en mérito justamente a la potestad jurídica que éste confiere a los expresados órganos para <sup>obligar</sup> al ente público.

La actividad contractual es un aspecto, en consecuencia, del poder de actuación administrativo que se despieza a través de actos jurídicos. Estos actos crean en todo caso obligaciones para los administrados y la diferencia estriba en que cuando se trata de actos de poder la obligación es im

puesta y cuando se trata de actos de gestión o de mera administración la obligación debe ser previa y libremente aceptada por el interesado.

La estructura de la situación jurídica contractual - se delimita esencialmente por el derecho administrativo en cada una de las figuras o tipos de negocios, correspondiendo al derecho privado un papel supletorio salvo que sea llamado expresamente por el primero. No obstante, el esquema básico de la situación es aportación del derecho <sup>privado</sup> común aún cuando su mecánica biológica se reconstruya en parte por el derecho administrativo atendiendo a las conveniencias del - interés público.

Conviene profundizar ahora en la diferencia que existe ~~entre la situación jurídica administrativa ordinaria y la~~ - situación contractual. La virtualidad del ordenamiento jurídico i co incide cerca de los sujetos de derecho de una doble forma; en sentido activo, otorgándoles la facultad o poder de obrar y, en sentido pasivo imponiéndoles el deber de actuar con - merma de su libertad.

Este párrafo sintetiza cual es el esquema normal u - ordinario de la Administración y el administrado en la relación jurídica legal y obligatoria: la Administración ejerciente de una potestad conferida por la Ley y el administrado, sujeto pasivo de ese poder, con el deber de conformar - su conducta a las decisiones de aquélla. Esta potestad consiste, y en esto coinciden todos los autores, en la posibilidad que tienen los órganos de la Administración competente en crear unilateralmente situaciones jurídicas en las que los administrados resultan obligados.

La situación jurídica contractual emana también de la potestad administrativa y hace de la voluntad unilateral - del órgano, pero entre ambos cabe establecer diferencias - sustanciales.

A. La situación jurídica contractual necesita el soporte imprescindible para su nacimiento de la incorporación del libre consentimiento del particular colaborador interesado; y la situación jurídica obligatoria no precisa para su validez del consentimiento individual.

B. La situación jurídica contractual encierra un beneficio potencial al que pueden aspirar por igual todos los administrados; y la situación reglamentaria u obligatoria es una carga o sacrificio para el comportamiento individual.

C. La situación jurídica contractual determina un vínculo recíproco y equivalente de derechos y obligaciones económicas Administración-administrados; y la situación legal una estructura desigual basada en el binomio potestad-deber.

D. La situación jurídica contractual requerirá para su ejecución la actuación simultánea e interdependiente Administración-administrados; la situación de tipo legal se ejecuta unilateralmente por la Administración.

E. La situación jurídica contractual es irrevocable y debe ser respetada en sus propios términos por la Administración salvo el ejercicio excepcional de la potestad variandi; y las situaciones reglamentarias pueden ser modificadas mediante cambios en la normativa que les sirve de soporte, promovida por la propia Administración. (30)

F. Por último, la situación jurídica contractual tiene esencialmente un contenido económico, que pueden no tener directamente las situaciones reglamentarias, Este matiz es importante, y conviene por ello detenerse algo más en él.

Todos los contratos del Estado tienen carácter activo o pasivo para el Estado; originan al mismo ingresos o gastos, respectivamente. Prescindiendo de los otros aspectos del interés público en el tema contractual el acto económico-administrativo encierra, de forma directa, un conflicto de inte

reses económicos entre el Estado y la persona contratante, en razón a que los derechos y obligaciones económicas de - aquél se corresponden, respectivamente, con obligaciones y derechos económicos de los administrados ante el Estado. - La recíproca posición acreedora y deudora que las partes - adoptan en la situación jurídica es la nota peculiar de lo económico-administrativo.

Por otra parte, el trasfondo monetario del acto económico administrativo lo empuja hacia el marco de la actividad financiera del Estado, regida toda ella por un ordenamiento jurídico coherente y encauzado por el Presupuesto. - El fin del acto ~~económico-administrativo~~ es bifronte y enlaza también con los propios fines de la Hacienda pública: las obligaciones contractuales de los órganos de la Administración constituyen obligaciones de pago del Tesoro y los derechos ejercitables ante el particular son auténticos derechos de la Hacienda pública. No puede extrañarse <sup>por tanto</sup> que las prerrogativas seculares del Tesoro público en su posición acreedora y deudora incida decisivamente en la esfera contractual.

Lo económico-administrativo origina, por último, una interferencia solapada de las administraciones de los servicios públicos y de la Administración financiera cuyas manifestaciones se comentarán en otro lugar.

El alcance constitutivo que tiene el acto contractual, dando vida a una relación jurídica consolidada Administración-administrados es justamente la originalidad del tema - en el derecho español. Y todo ello consecuencia de las inspiraciones de nuestro derecho administrativo que ata a la voluntad de los órganos y autoridades y los convierte así en meros interpretes y portavoces de la voluntad de la Ley. Esta filosofía se destaca al máximo en el campo de las obligaciones económicas.

### III. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

#### 1. Ideas generales

Un vistazo panorámico de la actividad contractual del Estado permite sentar la afirmación de que casi todas las - figuras tipificadas por el derecho común son utilizadas por los órganos administrativos. Esta riqueza de la gama no debe extrañar si se pondera la pluralidad de servicios públicos, con contenido funcional tan variado, que se integran - en el ente público. Cada servicio público tiene unas necesidades peculiares que se deben satisfacer mediante el instrumento contractual adecuado.

De aquí que sea perfectamente posible realizar, para - una mejor comprensión de su amplitud, la clasificación de - los contratos del Estado atendiendo a diversos criterios: a los criterios consagrados por el derecho común y, a su lado, otras dos clasificaciones peculiares de los contratos del Estado, la basada en la posición del Tesoro en el contrato, según sea acreedor o deudor monetario, y, la más trascendental, que contempla las distintas figuras contractuales según la - naturaleza y régimen aplicable a cada una de ellas.

#### 2. Clasificación ordinaria o común de los contratos - del Estado.

Esta clasificación de los contratos del Estado se basa en la doctrina general aportada por el derecho civil. La enseñanza que puede obtenerse de esta ordenación de los negocios es por una parte, la que dimana de su parangón con las de carácter civil, en cuanto a los requisitos diferenciales de los del Estado, y, por otra, repasar el cuadro de los negocios más expresivos utilizados en el sector público. (31)

A. Contratos gratuitos y onerosos.- Merecen destacar de como contratos gratuitos los de donación y subvención; y



como contratos onerosos, los de compraventa, obras y suministros.

a) La donación de bienes, inmuebles y muebles, significa un empobrecimiento del patrimonio del Estado, sin contrapartida real, en beneficio de una entidad o persona determinada y solo puede justificarse en razones de utilidad pública. La donación libre o incondicionada al modo civil, no es concebible en el campo público pues la eficacia de este contrato debe quedar siempre supeditada al cumplimiento por el beneficiario de los finés de utilidad pública que sirven de causa a la donación. La donación del Estado es sustancialmente modal, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado donde es básicamente un acto de liberalidad (art. 618 C.C.)

En cuanto a la subvención, donación de dinero realizada por el Estado, cabe hacer el mismo comentario. Aún cuando se nos presente aparentemente como un acto gratuito en realidad el negocio encubre un propósito de utilidad pública, generalmente de fomento económico o social que es su verdadera causa jurídica.(32)

Tanto la donación como la subvención están sometidas por los ordenamientos a requisitos legales o administrativos de la máxima relevancia, limitativos de las facultades de la Administración, habida cuenta de que el Estado no obtiene -- una ventaja directa y solo se compensa a través del fin general cuyo estímulo se persigue. La actitud de los ordenamientos administrativos, que miran recelosamente los negocios -- gratuitos, es semejante a la que adopta el derecho civil al exigir con extremado rigor requisitos de capacidad del donante y solemnidades constitutivas.

b) Por el contrario, los contratos onerosos, -compraventas, contratos de obras, suministros, etc.- que enmarcan recíprocas prestaciones, los propósitos de los órganos de la

Administración adoptan perfiles de equivalencia semejantes al del obrar de los particulares, si bien sometido el actuar de aquélla a unas reglas y procedimientos que no operan en los contratos gratuitos. Así por ejemplo, el principio de publicidad y concurrencia, esencial en la celebración de los contratos onerosos, carece ordinariamente de aplicación práctica en los negocios gratuitos, en los cuales su celebración está predeterminada por situaciones de interés público apreciadas espontánea y discrecionalmente por la Administración.

B. Contratos conmutativos y aleatorios.— Los contratos conmutativos u onerosos, constituyen el sector más amplio de los contratos del Estado y desde la presente perspectiva clasificatoria no merece mayores comentarios.

Los contratos aleatorios tienen su más expresiva representación en el campo de los ingresos públicos y están constituidos por los de loterías y quinielas como figuras más populares. En ambos casos el Estado es el beneficiario del contrato y los explota en régimen de monopolio para obtener la máxima ganancia en bien del Tesoro público.

C. Contratos causales y abstractos.— Respecto a esta clásica distinción, según que en el contrato deba lucir o no la relación causal existente entre las partes, debe anotarse su escasa aplicación en la esfera pública.

La figura de los contratos abstractos, en los cuales se esfuma la manifestación de la razón jurídica de la operación traslativa, precisa de unos supuestos de hecho y de un campo de relaciones jurídicas ajenas a los modos de operar del ente público. La Administración debe estar obligada a explicar el por qué inmediato de cada negocio en que interviene y en consecuencia de la causa de las obligaciones que contrae.

Y/L  
D. Contratos consensuales, reales y formales.- Puede afirmarse, en términos generales, que los contratos del Estado no se perfeccionan nunca por el mero consentimiento entre el órgano de la Administración y el particular interesado. - El requisito de la forma, al tiempo de la integración de la voluntad administrativa y al tiempo de la celebración, constituye característica típica de los contratos del Estado.

E. Contratos de tracto único y de tracto sucesivo.- Ambas figuras son frecuentes en la esfera pública.

Interesa destacar que los contratos del Estado de tracto único, por las razones que serán expuestas en otro lugar - suelen estar sometidos en cuanto a sus efectos a las normas - del derecho común. Esto es, el Estado acepta habitualmente -- ~~en estos negocios~~ un plano de igualdad jurídica con los particulares.

Por el contrario los contratos de tracto sucesivo, en los cuales la prestación del particular se realiza a lo largo de un tiempo, la Administración desborda la posición contractual civil y, por razones de interés público, ejerce poderes o prerrogativas excepcionales durante el periodo de ejecución.

### 3. Clasificación financiera de los contratos del Estado.

La clasificación financiera de los contratos del Estado examina los diversos negocios desde el punto de vista del movimiento de fondos públicos que origina. Cuando el flujo de fondos va desde el Tesoro a persona privada cabe denominarlos contratos de pasivo; si el movimiento de fondos es -- justamente el inverso reciben el nombre de contratos de activo; y, por último, si el contrato no origina movimiento de fondos públicos los calificaremos de contratos neutros. (33)

Examinemos cada una de esta figuras:

A. Contratos de pasivo.- Los contratos de pasivo -adquisiciones, obras, suministros, etc.- son, sin duda, el gru

po de contratos del Estado, desde los puntos de vista jurídico y económico, más importante de esta institución.

La doctrina de los contratos administrativos está básicamente pensada sobre el supuesto de la Administración, gestora del servicio público, acreedora de la prestación real - adeudada por el particular contratante y obligada a abonar - el precio convenido. A su vez los contratos de pasivo se enlazan íntimamente con el derecho presupuestario y los programas de inversión pública, viniendo a constituir instrumentos decisivos para la correcta satisfacción de las necesidades - de la Administración.

En los contratos de pasivo se produce precisamente el típico conflicto, entre el interés financiero y el interés - administrativo. El interés financiero predica el rigor en la administración de los caudales públicos, el precio mínimo, - la previsión exacta de los gastos, etc. Por su parte el interés administrativo lucha por la consecución de la prestación o los servicios contratados y su preocupación está más en la creación real que en los supuestos económicos. / ?

Ambas influencias, justamente contrapesadas, son necesarias en los contratos de pasivo para que se celebren y ejecuten con acierto técnico y racionalidad financiera. Puede afirmarse que este íntimo conflicto en los contratos de gasto es una de las fuerzas creadoras de las singularidades de los contratos administrativos.

B. Contratos de activo.- El contrato del Estado puede también operar como instrumento para la obtención de ingresos. Dentro del marco de los ingresos públicos coexisten, al lado de los impuestos, que se caracterizan por su naturaleza de pagos coactivos, determinados recursos cuyos rendimientos se obtienen gracias al comportamiento voluntario de los ciudadanos. [ El flujo dinerario en favor del Tesoro tiene como

causa motriz la contrapartida de una prestación real ofrecida por el Estado. Es justamente el caso inverso del que se contempla en el apartado anterior donde la Administración - figura como acreedora de la prestación real y deudora monetaria. ]

*fn. 10*  
Los contratos de activo -ventas de bienes, lotería, - Deuda pública, arrendamiento de bienes y monopolios del Estado, etc]- tienen una problemática diferente. El fin primordial - de estos contratos es el constituir una fuente de ingresos - para el Tesoro y a esta finalidad económica trata de servir el régimen jurídico a que aquellos hayan de sujetarse. La - ausencia de una finalidad administrativa específica perseguida por el contrato aleja la idea del servicio público y la - problemática de su incidencia en la esfera contractual. De - aquí que sea fundamentalmente el derecho financiero el que - se ocupa de estos contratos.

La consecución del rendimiento económico máximo obliga en ocasiones a la Administración a sujetarse, en estos contratos, al derecho privado civil o mercantil, como sucede en los de venta de bienes y valores. En otros casos, como, ~~por~~ ejemplo, con el contrato de Deuda pública, tan semejante a la emisión de títulos de renta fija por las entidades privadas, el Estado, sin embargo, regulará peculiarmente el negocio para que en sus etapas de creación, efectos y extinción se ajuste a las conveniencias de la Hacienda. Y en fin, en - otros supuestos, arrendamiento de monopolios y contratos de loterías, el derecho civil debe dejar paso al régimen administrativo para asegurar la recaudación de los ingresos.

En otras palabras el contrato de activo, a diferencia de los contratos de pasivo, que se nos presentan jurídicamente como un todo bastante homogéneo, constituye un conjunto - de negocios proyectados hacia un objetivo económico y su derecho regulador es puramente oportunista.

C. Contratos neutros.— Los contratos neutros, se dijo más arriba, son aquellos que no originan movimientos activos o pasivos de numerario público. Se pueden calificar como tales las concesiones de servicios públicos sin abono de canon ni de subvención, la venta de bienes comprometiéndose el comprador a realizar en pago determinado proyecto urbanístico o turístico, las cesiones gratuitas de bienes del Estado, etc. En todos estos negocios no resulta involucrado el Presupuesto del Estado aún cuando sí se producen, lógicamente alteraciones en el patrimonio público.

En los contratos neutros, a diferencia de los contratos de ingreso, el fin perseguido por la Administración es esencialmente público: la ejecución de un servicio público o el fomento de actividades privadas de interés público. Esta característica sirve de fundamento al hecho de que estos contratos se aparten en su regulación del derecho civil y queden incluidos en el ordenamiento administrativo. Solución jurídica adecuada si se piensa que en los contratos neutros ninguna ventaja tangible obtiene el patrimonio público y su único propósito es el impulso de una utilidad general que como tal cae bajo la directa esfera de su competencia.

4. Clasificación jurídica de los contratos del Estado.

La incidencia del interés público en los contratos -- que celebran los órganos de la Administración es, como se -- dijo en otro lugar, característica común de todos los contratos del Estado. Ahora bien, también se explicó que el inte--rés público reviste en la esfera contractual unos matices ob--jetivados que influyen en la remodelación jurídica de las -- distintas figuras, como secuela de las conveniencias prácti--cas que se deducen para aquel interés en relación con las características intrínsecas de cada negocio. La finalidad pú--blica es una constante en los contratos de la Administración pero ésta puede conseguirse aceptando, según los casos, los esquemas liberales del derecho civil y mercantil, modificando éstos como sucede en los administrativos o reconstruyéndolos bajo una perspectiva netamente pública. El carácter instrumental del contrato es la causa de que su régimen jurídico deba plegarse a las conveniencias de los fines de la Administración.

Una afirmación debe ser inmediatamente formulada. El -- régimen jurídico de los contratos del Estado es siempre consecuencia de las normas que regulan la organización y funcionamiento de la Administración, esto es, del derecho -- administrativo. La circunstancia de que la Administración -- sea parte en una relación implica necesariamente una formulación jurídica sobre las reglas de fondo y forma a que la misma deba sujetarse. Como dice GARCIA DE ENTERRIA: "En todo momento la Administración usa su propio derecho, y este derecho en ocasiones declara la aplicabilidad de las mismas normas jurídicas, de la misma manera que pueda declarar la aplicabili--dad de una técnica operativa cualquiera". El derecho adminis--trativo es el estuto legal de la Administración y las de --

más ramas del Ordenamiento son llamadas o repelidas en atención a las necesidades peculiares de los servicios públicos gestionados por aquélla. (34)

Otra afirmación debe completar a la anterior. Cualquiera que sea la normativa que rija el entramado a efectos del negocio, el derecho público es siempre el aplicable en relación con la integración y expresión de la voluntad contractual administrativa, es decir, las competencias orgánicas y procedimientos de preparación y emisión del acto compromiso. El papel que corresponde a las demás ramas del derecho es integrarse "dentro de un armazón total de carácter jurídico-administrativo" como dice GONZALEZ BERENGUER, o, en otras palabras, complementar los efectos del acto administrativo contractual que es, en todo caso, regenerador del vínculo obligatorio. Las ramas jurídicas complementarias del derecho administrativo no se aplican al contrato por su propio imperio, sino por el refrendo y llamada que reciben de éste. (35)

La consecuencia de esta ponderación oportunista que el interés público verifica en cada contrato es que la actividad contractual en el sector público no se nos presente con un tono de uniformidad, aún cuando toda ella revista unos rasgos comunes indiscutibles. Las discrepancias se presentan al tiempo de examinar las tensiones que en cada figura producen el derecho público y el derecho privado y su diversa influencia en el campo de los efectos jurídicos del acto contractual. De aquí que agrupemos todos los negocios en una clasificación tripartita, atendiendo a la rama del derecho predominante en los efectos del acto contractual, aún admitiendo la existencia de figuras difusas o atípicas.

A. Contratos privados civiles y mercantiles..- Respecto a estos contratos del Estado, el derecho administrativo convoca al derecho privado para regular el vínculo obligatorio creado entre la Administración y el administrado, como si se tratase de un negocio celebrado entre personas privadas.



En consecuencia :

- Los derechos y obligaciones contraídos por las partes se regularan por lo pactado y de acuerdo con las Leyes civiles, sin perjuicio de las leyes administrativas primordialmente aplicables. (Art. 8 RGC)

- La potestad administrativa acepta la fijeza en estos terminos del vinculo contraído.

--La jurisdicción ordinaria conocerá de las discrepancias surgidas en orden a la interpretación y cumplimiento del contrato. (Art. 14 RGC)

Al examinar los contratos civiles y mercantiles del Estado es muy corriente leer en los autores que la Administración se coloca en éstos en "un plano de igualdad" con el particular contratante. Esta severación, sin embargo, debe ser rechazada porque la Administración no pierde un ápice de sus prerrogativas por el hecho de que celebre un contrato privado aún que así pueda aparentarlo; la dialéctica de la desigualdad sigue en pie en todos los contratos del Estado como una constante institucional -- con independencia del derecho regulador del vinculo. La supremacía de la Administración se pone de relieve, bien en la normativa administrativa reguladora del contrato -- privado ó bien en el deber del órgano de la contratación de incluir cláusulas en el mismo aseguradoras del interés público. En este último caso lo que sucede es que se utiliza el juego de la libertad de pactos concedida por el derecho civil para establecer en los Pliegos aquellas estipulaciones que garantizan el fin público perseguido. En realidad no hay contratos privados del Estado, sino contratos de interés público sujetos supletoriamente a las normas civiles y mercantiles. El derecho privado fluirá inoportunamente por las vías marcadas por el derecho público que ha medido meticulosamente el alcance de la operación.(36)

Si atendemos al derecho positivo (artículo 4 en relación con el 2 de la L.C.E.) serían contratos privados del Estado aquellos que no estén calificados como administrativos y excluidos del derecho civil o mercantil por una Ley, no tienen directa vinculación con el desenvolvimiento regular de un servicio público, ni revisten características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público paranel desarrollo del contrato. La legislación dá un sentido residual al contrato privado y deja además en manos de la Administración el que predetermine el régimen aplicable a los contratos, cuando considere que se dan las circunstancias a que alude el precepto citado. Esta aplicación excepcional del derecho común en la esfera administrativa - es dato digno de recordar, pues su posibilidad de aplicación queda circunscrita por la ausencia de norma, de interés público o de necesidades de desenvolvimiento de los servicios públicos, lo que en la práctica se traduce en una parcela mínima del tráfico administrativo. (37)

Para examinar con más atención esta área privatística del Estado conviene reflexionar sobre una clasificación esquemática de la misma: (38)

a. Contratos patrimoniales. - (Compras, ventas, donaciones, arrendamientos, explotación patrimonial, permutas, etc...). Hacen referencia al conjunto de actos y negocios jurídicos que conlleva la gestión, administración y aprovechamiento del Patrimonio del Estado, cuya finalidad primordial es financiera habida cuenta de su vinculación con los ingresos o derechos de la Hacienda.

Dentro de los contratos patrimoniales conviene distinguir entre los activos (ventas de bienes, explotación patrimonial, donaciones a favor del Estado...) y los pasivos (compras, arrendamientos, cesiones gratuitas...) los primeros son meramente fuentes de ingresos y los segundos --

operaciones de apoyo para el desenvolvimiento de los servicios públicos. Obsérvese que no obstante esta finalidad el contrato patrimonial continua sometido al derecho privado. (39).

b. Contratos civiles no patrimoniales.-- Aparte de los contratos patrimoniales cabe citar otros sujetos al derecho civil como son la fianza, la hipoteca o prenda -- sin desplazamiento a que alude el artículo 76 de la Ley General Tributaria, los contratos del Estado en el extranjero, los contratos de seguros privados que celebran en ocasiones los establecimientos de la Administración, los contratos de depósitos de bienes del Estado en almacenes particulares etc.... (40)

Otras figuras como los contratos de publicidad y el de transporte pueden revestir según su objeto formas civiles o administrativas.

Los contratos civiles diferentes de los patrimoniales tienen escasa trascendencia en el tráfico contractual del Estado.

c. Contratos mercantiles.-- Los más importantes son el contrato de sociedad mercantil y el de compra y venta de valores mobiliarios y mercaderías.

Por lo que se refiere a la sociedad mercantil presenta en la esfera pública posibilidades diversas: sociedades de capital integral del Estado, mayoritariamente estatal o minoritariamente estatal, cada una de las cuales -- tiene su régimen en el derecho administrativo. En cuanto a la compra y venta de valores mobiliarios suele verificarse por razones de política económica (intervención del Banco de España en la Bolsa) política industrial (acciones en el sector empresarial privado de los órganos del Estado) o política patrimonial (movimientos activos y pasivos de la cartera de valores del Estado). (41)

Finalmente la compra y venta de mercaderías a través de los organismos competentes pretende una función reguladora en el mercado que se sujeta ordinariamente al Código de Comercio. (42)

d) Razones que fundamentan la sujeción de estos contratos, al derecho privado.- Interesa profundizar ahora, a la vista de este rápido esquema de negocios privados del Estado, en las razones que sirven de fundamento al hecho de que en los mismos acepte el Estado el derecho privado como régimen aplicable o, lo que es lo mismo, se someta al principio de la libertad de pactos y fijeza del vínculo, con la consiguiente suspensión de sus facultades para modificarlos o no varlos como sucede en los contratos administrativos o públicos, respectivamente.

Conviene barajar las siguientes ideas:

- La especial relevancia del interés económico del Estado.- El factor económico, es decir, la obtención del precio más favorable es particularmente relevante en los contratos patrimoniales, tanto activos como pasivos. No debe olvidarse que estos contratos se desenvuelven en su mayor parte dentro de la esfera de la Hacienda pública; si el Estado compra, la óptima gestión de los créditos presupuestarios impulsará al órgano a la obtención del precio más ventajoso; si el Estado vende, el precio es ingreso público y debe velarse por la máxima ganancia para el Tesoro.

En el área de las relaciones patrimoniales estrictas incluida su vertiente mercantil, se puede identificar el interés público con el rendimiento óptimo de los caudales públicos y bienes y derechos del Estado. Resulta entonces aconsejable que la protección de este interés en el tráfico privado no se instrumente mediante formas jurídicas excepcionales que podrían imposibilitar la operación o, al menos, perjudicar su rendimiento práctico. Toda prerrogativa pública genera un debilitamiento de la situación jurídica

- -

privada incidida. Esto se traduciría en el mundo de los - intereses patrimoniales y mercantiles en un envejecimiento de la posición del contratante privado que no aceptaría la operación con el Estado o exigiría una compensación económica adecuada. El propósito de aceptar las ventajas del mercado económico conlleva a la aceptación del derecho civil y mercantil como normativa, en estos casos.(43)

- La consumación instantánea del contrato privado.-Otro dato a tener en cuenta es la consumación instantánea que -- suelen revestir en muchas ocasiones los contratos privados del Estado. Las adquisiciones y enajenaciones patrimoniales, las compras comerciales y mobiliarias son negocios de tracto único, simples y de conclusión inmediata.

Al no existir un periodo de ejecución más o menos dilatado, se hace innecesario que el derecho se preocupe de regular un cuadro de potestades contractuales tendentes a asegurar el cumplimiento de la obligación y la adecuación de ésta a futuras conveniencias del interés público. Estas potestades sólo deben actuar cuando la prestación del particular pende en el tiempo y de su ejecución estriba el correcto funcionamiento de un servicio público.(44)

- La conexión mediata con necesidades cambiantes de los servicios públicos.- De esta idea parece partir el artículo 3 de la L.C.E. cuando al definir a los contratos administrativos contradefine, por exclusión, a los contratos privados. El sabor tradicional de esta técnica calificativa de los contratos del Estado es sobradamente conocida. - Se sigue concibiendo al derecho privado como derecho general y al derecho administrativo como derecho especial o de prerrogativa, al menos, en este campo contractual.

La mediatividad de los contratos patrimoniales aparece clara en los que hemos calificado de activos, aunque -- no tanto en los pasivos pues estos negocios encuentran su justificación precisamente en las necesidades de los servicios públicos aún cuando se utilicen en régimen del derecho privado. Piénsese en la compra de un solar para edi-

ficar oficinas públicas o en el arrendamiento de unos locales para la misma finalidad. El inmueble deseado por la Administración se convierte en soporte indispensable para el desenvolvimiento del servicio público correspondiente.

Conviene llamar la atención sin embargo, sobre dos notas que explican mejor la mediatividad del contrato privado.

Por una parte, el hecho de que la finalidad pública se pueda atender satisfactoriamente en el ámbito del procedimiento preparatorio del contrato, en orden a la adecuada concreción del bien que la Administración apetece. Si se trata de una compra de inmuebles, mobiliaria o comercial, lo que importa al interés público es el contenido del negocio; definido el objeto, el derecho privado se brinda como cauce ejecutivo suficiente. El interés público no está vinculado al contrato como negocio jurídico, sino al objeto fijo que se canaliza a través de él. Si el negocio jurídico no brinda el resultado practivo actuaría el arma de la expropiación forzosa para la consecución del fin.

Por otra parte, la mediatividad del contrato privado puede encontrar explicación en la secundariedad del negocio en relación con las competencias generales ó básicas del órgano de que se trate. La accidentalidad della prestación en el marco del servicio público puede justificar la utilización de medios estrictamente privados para conseguirla.

De cuanto se ha expuesto, cabe resumir que el contrato privado del Estado en el Derecho español actúa en un marco residual y secuela, en su mayor parte, del reconocimiento de un dominio privado del ente público. Su marcado interés económico, la consumación instantánea y la vinculación mediata con las necesidades de los servicios

públicos constituyen notas ordinarias en la figura que se estudia. (45)

B.) Contratos administrativos.— Puede afirmarse, sin temor a un reproche o exageración, que han corrido rios de tinta científica en torno a la correcta definición de los contratos administrativos. Como se dijo en otro lugar los administrativistas han dedicado lo mejor de su atención al análisis de esta figura contraponiéndola a los contratos privados del Estado y ello ha dado lugar a un olvido de la institución contractual pública en su conjunto. En realidad, se ha dicho también, el contrato administrativo es solo una de las variantes que la Institución presenta en el ámbito de la Administración y que no se agota ni mucho menos con la misma. (46)

Expongámos en primer lugar cuales son las características del régimen de los contratos administrativos, a continuación las tesis que se han mantenido en cuanto a su naturaleza y finalmente el punto de vista que mantenemos en relación con este negocio jurídico.

a. Características de su régimen. Lo peculiar del régimen del contrato administrativo estriba, desde nuestro punto de vista, en que, bien por vía de norma o de cláusulas de obligatoria aceptación por el particular contratante, la Administración se reserva facultades en la esfera del negocio, excepcionales e infrecuentes en el tráfico civil, en orden a la modificación, control, interpretación, aseguramiento y resolución del vínculo contraído. Lo esencial, por tanto, del contrato administrativo es la derogación, legítima y sistemática, que implica de las reglas del "pactum servandum" y de la "lex contractus" — que constituyen el fundamento mismo del liberal contrato civil.

Todos los demás aspectos formales, sustantivos y jurisdiccionales del contrato administrativo en su regula--

ción positiva componen un marco que o bien es generalizable a todos los contratos del Estado, por ejemplo, el período de generación o formación de la voluntad de la Administración, o son pura consecuencia del hecho de que rota la premisa básica del contrato civil es obligado recomponer el vínculo de manera que subsistan el equilibrio de los intereses económicos de las partes y, por ende, la sustancia objetiva contractual.

Esto es, al alterarse la mecánica normal del contrato civil, con el consiguiente debilitamiento de la posición jurídica atípica del contratante privado, estaría en juego la propia existencia de esta institución, de tan extraordinaria utilidad en el quehacer administrativo, si el ordenamiento o las prácticas administrativas no se esforzasen en hallar un plano conciliador de las prerrogativas del órgano y el espíritu de lucro que estimula a los administrados que colaboran en la cosa pública. Este plano se logra gracias a un doble juego:

- El principio de legalidad, que obliga al órgano a ejercer sus prerrogativas con arreglo a una normativa preexistente que permite al particular contratante conocer con exactitud su situación jurídica y montar la oferta con arreglo a esta circunstancia.

- El derecho a indemnización que ostenta el particular por los daños y perjuicios que pueda originarle el ejercicio de las prerrogativas. Es lo que se llama por los autores la "conversión obligatoria" de derechos singulares por indemnizaciones compensatorias, que adquiere un mayor alcance en la actividad contractual que en el resto de la actividad administrativa por la incidencia del factor beneficio inmerso en la prestación.

La jurisdicción y el respeto a la economía interna en el contrato administrativo conjugan una situación jurí-



dica estabilizada que permite el logro de los mutuos objetivos del órgano y del particular en el negocio. Si a todo ello se añade la actitud tuitiva que la Administración adopta cerca del contratante privado, en esta clase de contratos se le conoce por el nombre de contratista, se comprenderá la eficacia práctica de la figura, no obstante las decisivas derogaciones que contiene respecto al esquema civil.

b. Clases

Desde el punto de vista de su régimen jurídico los contratos administrativos se pueden dividir en dos grupos: (47)

- Legales. Son aquellos que están tipificados como administrativos bien por la Ley de Contratos del Estado, como los de obras, servicios y suministros, o bien por otras normas especiales del Derecho administrativo, como los de asistencia, forestales, transportes de Correos, contratación de personal, arrendamientos de Monopolios etc. (artº. 4 L.C.E.).

- Convencionales. Comprende este grupo a todos aquellos contratos que careciendo de tipificación jurídica son calificados por vía de cláusula como administrativos por el órgano de contratación competente, en base a su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o a revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato. (art. 4 L.C.E.)

La diferencia entre uno y otro grupo estriba en que así como los contratos administrativos legales reciben esta calificación por imperio de la norma y, por ende, no puede ser discutida su naturaleza por el órgano o por la parte privada contratante, los contratos administrativos convencionales implican un juicio discrecional de la Administración que como tal puede ser impugnado y revisado ju-

risdiccionalmente. El régimen jurídico de los contratos administrativos tal como se ha expuesto, "supone la más completa derogación del sistema "números clausus" en la de terminación de los contratos administrativos" como afirma VILLAR PALASI. Todas las figuras del derecho civil y mercantil, típicas o atípicas, pueden quedar convertidas en contratos administrativos habida cuenta de la índole de su conexión con el interés o los servicios públicos de la Administración. Siempre que después de la celebración del contrato quede en pie un interés público móvil dependiendo su realización del cumplimiento de lo pactado, para cuya defensa sea insuficiente el mecanismo del derecho civil, deberá la Administración "administrativizar" el contrato y prorrogar al máximo el ejercicio de sus prerrogativas o poder jurídico.

c. Teorías en torno a los contratos administrativos.

Dando por supuesta la posibilidad de construir el contrato privado del Estado se han preguntado los autores cuales son las características definidoras del contrato administrativo; o lo que es lo mismo, cuales son las causas que justifican el ejercicio de prerrogativas en el seno de estos negocios. En otro lugar de este trabajo se ha aludido ya al tema y ahora solo nos interesa alguna referencia recordatoria de las argumentaciones que han sido alegadas por los autores.

- El servicio público. Es la doctrina clásica de contrato administrativo según el pensamiento francés. Conforme a esta posición la vinculación directa del contrato con las necesidades de los servicios públicos justifica el que los poderes administrativos prorroguen su vigencia al ámbito del contrato que les sirve de instrumento de ejecución. Cuando la vinculación es indirecta o remota deberá aplicarse el derecho común por ser el derecho general y el más respetuoso con los individuos y sus intereses.

Esta doctrina es la que inspira el derecho español vigente si bien partiendo de una idea amplia de las necesidades de los servicios públicos: el párrafo segundo del artículo 4 de la L.C.E. utiliza la expresión "directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público" lo que implica desplazar el centro de gravedad desde la no ción de servicio público a sus necesidades dinámicas u ordinarias, con el consiguiente efecto expansivo del contrato administrativo. (48)

Las críticas que se han formulado a esta tesis son sobradamente conocidas: la vaguedad del concepto de servicio público, la imprecisión del requisito de la inmediatividad, la gestión de servicio público al margen del derecho público, etc. Sin embargo, como se verá la tesis sigue manteniendo su vigencia aunque entendida desde una nueva perspectiva.

- La cláusula exorbitante. Conforme a esta posición, construida también por la doctrina científica y jurisprudencial francesa, son contratos administrativos aquellos que celebra la Administración incluyendo cláusulas exorbitantes del Derecho civil, ya que en este ordenamiento privado serían éstas ilícitas o constituirían un cuerpo extraño al mismo que solo puede hallar explicación y validez en el ámbito del Derecho administrativo. (49)

La doctrina de la cláusula exorbitante mira más hacia el régimen jurídico del contrato en si mismo considerado que al por qué del fenómeno contractual que no es otro que los intereses públicos que se trata de tutelar mediante la cláusula.

- Las solemnidades. - El riguroso formalismo en las etapas de generación, celebración y ejecución del contrato administrativo ha sido puesto de relieve, en particular -- por los administrativistas clásicos, para deducir del mismo el elemento diferenciador de los contratos administrativos frente al sistema liberal y espiritualista del contrato civil. (50)

Sin embargo la crítica que merece esta posición es - que el formalismo no es cualidad típica del contrato administrativo sino de todos los contratos y actos de la Administración.

- La jurisdicción.- El fuero especial contencioso - administrativo que ostenta el contrato administrativo frente a la jurisdicción ordinaria o común es un dato procesal que para algunos autores predetermina u obliga a la distinción que se comenta. De haberse mantenido la unidad jurisdiccional para todos los contratos del Estado se hubiese mantenido también la unidad radical de la institución. (51)

Es obvio no obstante que la faceta jurisdiccional no puede de por sí modificar la naturaleza del contrato.

- La desigualdad radical de las partes.- Para otros autores el núcleo generador de las peculiaridades es la desigualdad radical de las partes; esto es, el contrato administrativo, a diferencia del civil, es la resultante de la tensión que se produce en el vínculo obligatorio, entre un ente público dotado de poder y el particular contratante. La conciliación de ambos factores propicia una solución contractual ajena al derecho civil. (52)

- El giro o tráfico de la Administración.- Las exigencias del giro o tráfico de la Administración justifica las modulaciones que presenta el contrato administrativo sobre el esquema civil. La tesis se ha matizado por otros administrativistas que tratando de concretar la idea de tráfico administrativo, que reputan abstracta o indefinida, llaman la atención sobre las competencias específicas de los órganos, que al ejercitarlas por medio del contrato le impregnan color administrativo. (53)

- La adhesión.- Otro enfoque del tema lo presentan aquellos autores que hablan de la adhesión como característica típica del contrato administrativo. La Administración im-

pone unas condiciones de contratación, por vía de norma o de cláusula, y al particular solo le cabe aceptar en bloque el negocio tal como se le propone o desistir del mismo. La ausencia de la típica negociación de los contratos y la posición debilitada de la voluntad del particular frente a la dinámica contractual administrativa es la nota diferenciadora de estos contratos frente a su homónimo civil. (54)

- El interés público. A fuerza de depurar las distintas posiciones doctrinales que están siendo sintéticamente esbozadas algunos juristas llegan al concepto de interés público como causa última de la personalidad del contrato administrativo. Las exigencias de este interés general defendido por la Administración afecta particularmente a los contratos íntimamente vinculados con el mismo, de forma que el derecho civil resulta incapaz de brindar soluciones satisfactorias. (55)

- La estructura orgánica de la Administración. Otros autores, por último, han puesto su mirada en la estructura orgánica de la Administración, en su naturaleza y funciones, y de ella deducen la mutación que se produce en los contratos administrativos. Esta posición doctrinal subjetiva el factor diferenciador, que imputa en definitiva a la sola presencia de la Administración, provocando las peculiaridades de la manifestación del consentimiento y cuya influencia se prorroga a la etapa de ejecución del contrato. (56)

d. Fundamento del contrato administrativo; la estructura interna del contrato.

El estudio de la figura del contrato administrativo - debe acometerse sin perder de vista el entorno en que el mismo se desenvuelve dentro del marco de los contratos del Estado. Como dice GARRIDO FALLA este tipo de negocio limita por una parte con los contratos privados y por otra con el acto condición o, mejor dicho, con los contratos públicos - cuyo estudio se realiza en el epígrafe siguiente. El tema - consiste entonces en indagar el porqué determinados tipos de contratos reciben un tratamiento adecuado bajo las premisas

peculiares del contrato administrativo y no bajo las del contrato civil o público.

El exámen de las doctrinas que han sido expuestas por los autores y que estudiamos en otro lugar, brindan todas - ellas aspectos iluminadores del contrato administrativo frente al contrato civil pero se despreocupan de un análisis introvertido de la unidad contractual. Definir un concepto por el sistema de la simple comparación con otro no dilucida la íntima esencia de la figura que se examina.

Para que se den los supuestos de un contrato administrativo típico, y la norma o la propia Administración deban declararlo o calificarlo así respectivamente, deben concurrir las siguientes circunstancias-tipo:

- Prestación específica. La prestación en obras bienes o servicios a realizar por el particular contratante se deberá supeditar a condiciones físico-funcionales definidas por la Administración. El contrato administrativo exige, pues, un resultado, un dar o hacer prefijado al agente privado, no una actividad o prestación genérica.

- Tracto sucesivo. Esto es, que la prestación del particular obligado ante la Administración haya de ejecutarse en un periodo de tiempo, durante el cual los fines públicos perseguidos queden obviamente, a expensas o resultados del contrato.

- Vinculación con servicio público. La prestación específica ejecutable en el tiempo debe tener directa correspondencia con necesidades requeridas por el desenvolvimiento de algún servicio público gestionado por órgano de la Administración. Se produce una plena correspondencia entre el objeto del contrato y el objeto del servicio público.

- Posición dedudora del Tesoro. El contrato administrativo es contrato de pasivo, origina gastos para el Estado, - pues la Administración adopta virtualmente la posición de - deudora del precio y acreedora de la prestación deseada.

Cuando en un contrato del Estado concurren estas cir--

cunstancias -que como se verá las reúnen los contratos administrativos más típicos: obras, gestión de servicios públicos, suministros, asistencia, colaboración personal, - transporte de correspondencia....- está justificado, y el buen quehacer público lo aconseja, que la Administración haga valer su <sup>jurídica</sup> potestad para asegurar la idoneidad de la prestación y el cumplimiento, en suma, del contrato. - El contrato del Estado deviene en una situación jurídica accesoria del régimen jurídico del servicio público involucrado, que apoya a éste y que debe quedar sometida, en consecuencia, a las potestades, legítimas o convencionales, del órgano responsable de la gestión.

En definitiva, se trata de amparar futuras exigencias del interés público durante el desarrollo del contrato, imprevistas o imprevisibles al tiempo de la celebración, mediante las prerrogativas del control, interpretación, modificación y resolución cerca de aquél. A diferencia del contrato civil del Estado, cuyo objeto se determina con exactitud durante la etapa de formación de la voluntad administrativa, el contrato administrativo envuelve un objeto hasta cierto punto incierto susceptible de conformación futura. El fenómeno de la prestación vá madurando a lo largo de la etapa del periodo de ejecución y hasta la extinción del contrato. Por esta razón se ha dicho que el contrato administrativo es un contrato vivo, dinámico, flexible frente a la rigidez y estatismo que caracteriza el contrato civil.

Son las prerrogativas administrativas, la potestad, del órgano contratante, las que presionan sobre el vínculo para modelarlo y adaptarlo al interés público. Estas prerrogativas tienen un carácter más potencial que efectivo porque la mayoría de los contratos administrativos se cumplen en sus propios términos y porqué por fundadas razones que se explicarán, no es aconsejable ni para la Adminis

tración ni para el particular contratante que se haga un - uso extensivo de aquéllas, sino restringido y excepcional. Si la potestad influyese sustancialmente en el contrato no nos hallaríamos ante el contrato administrativo sino ante el contrato público que se estudia a continuación. Gracias a ello el contrato administrativo no deja de ser contrato pero debe admitir en su seno el caudal de los poderes admi nistrativos que no lo destruyen ni lo trasforman en una si tuación precaria o de servidumbre compensada porque res-  
ta la base consensual, la reciprocidad de las obligaciones contraídas y el equilibrio de las prestaciones.

Aún cuando el tema de las potestades se estudiará a fondo en el último Capítulo de esta obra conviene adelantar aquí que las mismas tienen un triple alcance:

- Potestad de interpretar, vigilar y dirigir ejecuti vamente el cumplimiento del contrato.

- Potestad de modificar dentro de ciertos límites - la prestación inicialmente convenida.

- Potestad de resolver unilateralmente el contrato celebrado caso de incumplimiento por parte del colaborador.

Las funciones específicas de cada una de estas potes tades se pueden resumir diciendo que pretenden asegurar el cumplimiento de la prestación contractual y que la misma - se adapte en el tiempo al interés público.

El contrato administrativo-tipo es, en suma, un contra to del Estado de subtrato civil o mercantil, que habida cuen ta su prestación específica en orden a las necesidades de un servicio público, el órgano competente debe estar facultado, por el Derecho o el contrato a ejercer determinadas potes tades cerca del vínculo para el pleno aseguramiento del inte rés público durante el plazo de ejecución.

El interés público debe entenderse en el doble senti-  
do de servicio público e interés del Tesoro que se explicó  
en otro lugar. (57)



C. Contratos públicos.— Calificamos de contratos públicos aquellos que celebran los órganos de la Administración cuya generación, requisitos y efectos vienen establecidos íntegramente por el derecho administrativo. En estos contratos la manifestación de la voluntad privada, a través de un acto de adhesión o de apetencia respecto a una situación jurídica prevista por el Ordenamiento y susceptible de ser reconocida por la Administración, actúa en un plano definido por el derecho público y con un alcance determinado por éste. (58)

La distinción fundamental entre contrato administrativo y contrato público estriba en que así como el contrato administrativo consiste en una construcción moteada de excepciones sobre los cimientos del contrato civil, el contrato público acepta de éste el mútuo consentimiento como idea matriz pero deduce unas consecuencias jurídicas por completo al margen de la mecánica privada. El contrato público es una genuina elaboración del derecho administrativo que, como se ha dicho, solo coincide con el contrato civil en el núcleo consensual generador de los efectos entre las partes.

En otro lugar de este trabajo se expusieron las dos tésis que han explicado estos negocios voluntarios del Estado, con sustantividad diferente a los contratos privados y administrativos del Estado.

a. Requisitos del contrato público.— La estructura-tipo interna de estos negocios coincide en los siguientes puntos:

- Preexistencia de una normativa reguladora de los derechos y obligaciones de la Administración y del administrado en cuanto a una situación o relación bilateral determinada.

- Manifestación espontánea o captada de la voluntad de un particular interesado en adquirir la situación jurídica definida por la norma mediante el reconocimiento de la

misma por acto de la Administración.

- Generación de un complejo recíproco de derechos y obligaciones económicos entre las partes, una vez constituida la situación jurídica, que encuentran directamente amparo en el derecho administrativo, razón por la cual puede ser modificada e incluso suprimida por una normativa ulterior.

Lo típico del contrato público es que el mutuo consentimiento versa en torno a la creación de una situación jurídica reglamentaria, de efectos recíprocos Administración-administrado que carece de fijeza o cristalización.- El entramado obligacional puede ser modificado e incluso revocado en los términos autorizados por las leyes y con las consecuencias que éstas determinen. No hay un cuadro de efectos prefijados irrevocables.

Además no hay margen para el efecto creador de obligaciones genuinas derivadas del mutuo consentimiento: los derechos y obligaciones que nacen para el particular interesado, los efectos de su incumplimiento, el equilibrio -- de las prestaciones, son aspectos que no pueden resolverse aplicando la técnica del contrato civil o administrativo.

Se podría pensar que desapareciendo radicalmente la fijeza del vínculo en estos negocios no es posible construir la idea de contrato y resulta más oportuno indagar una situación jurídica diferente. No puede sin embargo aceptarse esta tesis porque por la misma razón habría que rechazar la naturaleza contractual de otros contratos normados, como el de arrendamientos urbanos, por ejemplo, cuya legislación positiva regula y modifica, cuando ha convenido al interés general, las relaciones propietario-inquilino. Lo importante es la existencia de una situación jurídica contractual que actúa en el tiempo aún cuando su contenido pueda ser objeto de novación. La fijeza del vínculo no es requisito indispensable siempre que no se destruya la seguridad jurídica que es el soporte de la relación, donde se

presenta bajo el prisma del respeto a los derechos adquiridos. El principio de legalidad al que debe someterse la Administración para la celebración y ejecución de los contratos públicos constituye en suma, la garantía sobre la cual reposa el mútuo consentimiento y las correcciones que sus efectos iniciales puedan soportar.(59)

b. Fundamentos y clases de contratos públicos.- Los contratos públicos o normados pueden ser examinados en atención al fundamento o el por qué de la absorción del negocio por el derecho administrativo.

- Por incorporarse el colaborador privado a la estructura orgánica de la Administración. El caso más típico es el contrato de función pública. Se trata inicialmente de un arrendamiento de servicios, y así lo fué históricamente, - pero su regulación ha sido apartada del derecho civil e integrada en el derecho administrativo. (60)

El administrado que ingresa en la Administración por la vía de este contrato incorpora plenamente sus prestaciones y servicios a la estructura orgánica de aquélla, participa como administrador de alguna forma en la voluntad administrativa y, obviamente, el régimen jurídico del vínculo obligacional no puede quedar al socaire de las decisiones singulares y coyunturales de las autoridades ejecutivas. - Se comprende que sea la Ley quien defina la situación jurídica de las partes tanto en defensa del buen funcionamiento de la Administración como en bien de la seguridad del funcionario.

La posible modificación de los derechos y obligaciones que nacen del contrato, en sus aspectos económicos o de servicio, no puede alcanzar a la reciprocidad sustancial de prestaciones que envuelve este negocio. El equilibrio de las prestaciones se mantiene aunque sea preciso ponderar - otros valores diferentes a los económicos como la idea de estabilidad en el empleo y la dignidad de éste; es decir,

las motivaciones diversas que impulsaron al administrado a incorporarse voluntariamente a la Administración. (61)

- Por instrumentar el contrato un ingreso público.  
Las figuras más conocidas son la Deuda pública (préstamo) la lotería y apuestas deportivas (contratos aleatorios). - Coinciden todos ellos en su carácter de ingresos de la Hacienda pública y este dato y, sobre todo, el volúmen masivo de estos contratos es lo que justifica la mecánica de los contratos públicos. (62)

Algunos autores califican al contrato de Deuda pública como contrato administrativo pero consideramos más acertado incluirlos en esta tercera categoría, donde no juegan prerrogativas al tiempo de la ejecución sino la fuerza creadora de las normas. Así, por ejemplo, según el artículo 20 de la vigente Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, para realizar una novación o conversión de la Deuda pública es necesario que una Ley lo autorice. Es "cláusula de estilo" la extinción o amortización anticipada por decisión unilateral administrativa.

- Por celebrarse el negocio con ocasión de la prestación de los servicios públicos.- La naturaleza de la relación jurídica entre la Administración gestora de servicio público y los administrados destinatarios de los mismos, denominados también relaciones jurídicas de prestación, ha -- suscitado discrepancias entre los autores. Unos califican -- el vínculo de contractual y otros de situación jurídica reglamentaria. (Contrato de correos y telégrafos, Caja general de Depósitos).(63)

Para nosotros, el vínculo que nace es de tipo contractual pero no con un enfoque jurídico privado, como hacen -- los autores partidarios de esta tesis, salvo que el servicio público se sujete expresamente a este derecho sino -- con el régimen de contrato público. Esta tesis se funda en el derecho positivo y la vestidura contractual que en la práctica real revisten estas operaciones y, sobre to

do, porque es la explicación más convincente del concepto de servicio público como acción creadora de bienes y servicios por la Administración que pueden disfrutar los individuos en mérito a la obligación de aquélla de prestarlos y el derecho de éstos a utilizarlos por su propia y libre voluntad. El marco reglamentario se limita a fijar los efectos de la situación jurídica contractual como sucede en todos los contratos públicos.

El carácter masivo y dinámico de estos contratos, - la imposibilidad de regular específicamente las relaciones jurídicas de prestación con cada uno de los usuarios y, en fin, la simplicidad práctica que suelen revestir - justifican la técnica del contrato público, actuando la voluntad del particular como mera adhesión volitiva al cuadro legal que ampara el derecho.

- Por la índole especial del tráfico de bienes. Conviene por último aludir a determinados contratos del Estado que por referirse a bienes cuyas transacciones han sido monopolizadas o interferidas por órganos del mismo resulta mediatizado su tráfico por las normas administrativas.

No referimos, por ejemplo, a la compra y venta por entes públicos de divisas, cereales, oro u otros productos de negociación controlada por la Administración mediante intervención directa en las transacciones con particulares. (64)

Razones de seguridad e interés público justifican la regulación integral de la operación por el derecho positivo, actuando la voluntad del particular como fuerza generadora de la situación jurídica contractual.

c. Otras modalidades del contrato público. No debe pensarse que con los prototipos que se han enumerado - de los contratos públicos quedan incluidas en ellos todas las categorías de negocios voluntarios celebrados por la

Administración. El investigar se encontrará siempre con - figuras de contornos imprecisos y situaciones atípicas de difícil clasificación y que deberán analizarse aplicando - por analogía los rasgos de los contratos tipo, bien con al - guño de ellos o bien barajando características de unos y - otros.

El motor de la atipicidad es el propio derecho posi- tivo que define situaciones contractuales de modo oportunis- ta y sin preocupaciones muchas veces de encajar el negocio en alguno de los prototipos del sistema. Esta es la causa - de las dificultades de muchos de los autores al tratar de - encontrar una vertebración unitaria, dificultades que no lo son verdaderamente cuando se contempla la institución des- de un prisma general y omnicomprensivo de todo lo contrac- tual del Estado.

Dejando al margen los contratos entre el Estado y -- otros Estados extranjeros que se regulan por el Derecho in- ternacional citamos a continuación algunos ejemplos de con- tratos públicos de difícil síntesis en un esquema estructu- ral unitario.

- Acuerdos expropiatorios. Son aquellos acuerdos - voluntarios que se producen entre la Administración expro- piante y el expropiado en el ámbito del procedimiento ex-- propriatorio acerca del justiprecio y que tienen como doble virtualidad la adquisición en firme del bien por aquélla y la terminación de la vía coactiva. (65)

Estos acuerdos podrían asimilarse a los contratos - patrimoniales ya que versan sobre una transmisión de domi- nio pero sus efectos jurídicos (transmisión de propiedad, reversión) son comprensibles en el derecho administrativo.

- Convenios fiscales. También en el derecho tribu- tario existen ejemplos de utilización de la técnica con-- tractualista para la determinación de las bases y cuotas impositivas y que se ha revelado en los últimos tiempos - como sistema efectivo aunque no riguroso para la gestión

fiscal por lo que ha merecido severas críticas de los hacendistas.

Tanto esta figura como la anterior reciben para algunos autores el nombre de "negocios de fijación", en cuanto se limitan a determinar aspectos accesorios de una potestad pública irrenunciable. (66)

- Convenios de colaboración. Se refiere a ellos el apartado 7 del artículo 2 de la L.C.F. definiéndolos como aquellos "que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público". Lo peculiar de esta variante contractual del Estado es que no hay ese típico flujo de bienes y servicios Administración-administrados. La Administración persigue primordialmente un interés público sin que ello repercuta en un incremento de su patrimonio; o sea, que la actividad privada que se fomenta revierte directamente en beneficio de la comunidad sin la intermediación de un órgano o servicio administrativo interpuesto en el circuito. Algunos autores, que parecen desconocer que el interés público es la causa básica y virtual del contrato del Estado, dudan en calificar a estos negocios también llamados conciertos de verdaderos contratos por entender que falta la inexcusable reciprocidad en las prestaciones. Pero, como se ha dicho, el interés público se compensa pon el fomento de la actividad económica que se busca expandir. (67)

Los convenios de colaboración revisten diversas modalidades: conciertos urbanísticos, que tienen por objeto la ejecución por una empresa particular de un plan urbanístico prefijado con sujeción a un cuadro de condiciones administrativas; convenios agrícolas, dentro de cuya figura se producen una rica gama de situaciones contractuales con los propietarios, en orden a planes de mejoras, concentraciones parcelarias, conservación del suelo, consorcios, etc.

que examinadas en su conjunto constituyen un buen exponente de las posibilidades magníficas de la técnica voluntarista como guía idónea para el logro de las competencias administrativas sin utilización de la coacción. Se hace - notar que en ocasiones estos convenios adoptan, por disposición legal, la calificación de contratos administrati--vos (consorcios forestales) pero en otros supuestos carecen de configuración; y, por último, debemos citar los conciertos industriales cuya utilización ha sido muy frecuen--te estos últimos años para estimular el desarrollo económi--co sectorial o geográfico.

Debemos aludir, aún cuando sea brevemente, al clásico dilema de si los convenios de colaboración son verdaderos contratos o simples actos-condición, categoría ésta última que los administrativistas suelen oponer a los primeros. - Atendiendo al amplio concepto de contrato público que maneja--mos, donde caben todas las variantes de los acuerdos volun--tarios Administración-administrados, la disquisición no - tiene excesiva relevancia. Lo importante es que la figura de los conciertos disponga de un régimen jurídico que vir--tualice el vínculo obligatorio entre las partes, que es justamente lo que se echa de menos en la legislación vigente - nacida como soporte de los Planes de Desarrollo. El estudio de estas disposiciones pone de relieve que la eficacia de los conciertos a partir del mútuo acuerdo que los consume, está muy debilitada. El defecto de la regulación se halla - en la ambigua definición de las responsabilidades contrai--das por la propia Administración cuando ella misma incumple su compromiso, la escasa delimitación de sus facultades du--rante el desarrollo y ejecución de lo pactado, las indefi--niciones que suelen aquejar a las prestaciones empresaria--les, etc. La consecuencia de todo ello es que la acción - concertada puede llegar a funcionar en un plano discrecio--nal de mutuas concesiones o de "pacto de caballeros" con - olvido del rigor estricto contractual que sería la vía efi--caz. (68)



El apartado 7) excluye a los convenios de colaboración de la aplicación directa de la legislación de contratos del Estado. Pero consciente de que estos convenios de colaboración tienen su mayor defecto en la debilidad del vínculo entre las partes procura, sin embargo, atraerlos hacia la legislación que comentamos declarando la aplicación supletoria de las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de servicios públicos. Habida cuenta la deficiente regulación de este tipo de negocios en sus leyes peculiares, la legislación de contratos los trata de incorporar de forma indirecta a su ámbito con ayuda del contrato de gestión de servicios que se asemeja grandemente en su mecánica a los convenios de colaboración. Lo más aconsejable para el futuro sería, no obstante, una regulación específica de estos conciertos sobre cimientos propiamente contractuales.

- Convenios de cooperación. Se caracterizan por constituir acuerdos de voluntad entre dos personas jurídicas sujetas al derecho público y que en virtud de estos convenios conjugan sus esfuerzos para el logro de unos resultados de interés común. La doctrina científica se ha ocupado de estas figuras que nosotros incluimos dentro del amplio capítulo de los contratos públicos. (69)

Estos convenios de cooperación son frecuentes en programas de obras públicas, de Educación y de Sanidad y no deben confundirse con aquellos supuestos en que una de las entidades públicas asume el papel de empresario quedando sujeta, en consecuencia, a las normas a estos aplicables en el contrato del Estado.

- "Pactos de caballeros". Conviene finalmente, aludir a un tipo de negocio voluntario que no nos atrevemos a llamar contrato por obvias razones pero que adquiere un singular relieve en la vida real administrativa.

Nos referimos a los acuerdos officiosos que se producen con motivo del ejercicio de competencias administrativas, entre la Administración y el particular interesado, referente a una solución concreta de actuación, resolución o liquidación. Estos acuerdos se verifican en la práctica a través de gestiones personales de los administrados con las autoridades y funcionarios y no vinculan a la Administración pues se trata jurídicamente de "pactos de caballeros", de meras obligaciones morales, como se diría en el Código civil, que no crean situaciones jurídicas firmes ni exigibles.

La frecuencia y trascendencia práctica de estos pactos merecería un comentario más amplio.

Sin duda, la categoría de contratos públicos estaría necesitada de un estudio más profundo que el que hacemos en este trabajo. La hemos delimitado utilizando simultáneamente una tesis negativa-no son contratos privados ni tienen la estructura típica del contrato administrativo-, y otra positiva -los efectos jurídicos del acto administrativo están condicionados simultáneamente por la norma y por una voluntad privada- pero comprendemos que estos grandes rasgos carecen de la precisión necesaria. No queda otra alternativa que aceptar por ahora este multiforme epígrafe de los contratos públicos y reconocer la conveniencia, que desborda las pretensiones de este estudio, de hacer una subclasificación de aquéllos en diversos grupos homogéneos por su forma, finalidad o estructura. (70)

## CAPITULO IV

### NOTAS

(1) SANTI ROMANO, Dizionario jñuridico..., obra citada, traducción española, contiene un certero análisis de los deberes funcionales de la Administración.

(2) CASTAN, Obra citada, Derechos de obligaciones, pag. 29, de donde ha sido extraída la cita que incluye el párrafo y donde puede estudiarse con más extensión la vertiente activa de las obligaciones.

(3) GARRIDO FALLA, Volúmen II de su Tratado, pag. 8 y sigs., se trata de la exposición más completa sobre la obligación administrativa que puede hallarse en la doctrina científica española, ya que se ocupa de su definición, las fuentes y las peculiaridades de su régimen en el marco de la Administración Pública.

(4) RODRIGUEZ BEREIJO, El Presupuesto del Estado, Madrid 1.970, después de examinar el autor los artículos 32 y 39 L.A.C. concluye opinando, que el verdadero título o fuente legitimadora de todas las obligaciones económicas del Estado es la Ley (la Ley de Presupuestos), tesis acertada ya que la exigibilidad de aquella, requisito básico para que nos hallemos ante una verdadera obligación, depende ~~de~~ que la norma maxima la reconozca. También GARRIDO, obra y lugar citados. Dice: "En Derecho administrativo tienen un papel fundamental la Ley como fuente de obligaciones. Puede afirmarse que la totalidad de las prestaciones obligatorias de los particulares a la Administración y gran parte del sistema de prestaciones administrativas tienen un origen legal. Bien es cierto, empero, que la Ley no siempre juega el mismo papel."

(5) La contracción de la obligación se identifica en -- nuestro Derecho Financiero con el acto de "disposición, ordenación o aprobación del Gasto" (pues de estas variadas formas le denominan los textos legales) y a ellas se refiere el art. 67 L.A.C. cuando dice que: "cada Ministro dispondrá los gastos propios de los Servicios correspondientes al Departamento de su respectivo cargo, dentro del importe de los créditos -- autorizados para los mismos." Según FABREGAS DEL PILAR, obra citada pag. -- 365 --, el artículo "Es bien claro. Los Ministros son, según el párrafo primero de este artículo. ordenadores de los gastos propios de sus Departamentos mientras la -- ejecución de las obligaciones que al ordenarlos se contraigan hayan de producir pagos, en concepto de corriente o de resueltas imputables al ejercicio en que esas decisiones se adopten."

El Proyecto de Ley General Presupuestaria sienta unas reglas análogas en la materia.

(6) El reconocimiento de la obligación específica estimamos que forma parte integrante de la facultad para disponer los gastos atribuida, según se indicó en la anterior Nota, a los Ministros Jefes de los Departamentos. En la práctica se suele denominar esta operación "liquidación de la obligación" y se traduce en la realización de cuentas en función de lo estipulado en el contrato.

(7) Por lo que se refiere a la ordenación de los pagos, tanto la L.A.C. (art. 69) como el Proyecto de Ley General -- Presupuestaria atribuyen al Ministro de Hacienda la facultad de ordenar la realización de todos los pagos que deba realizar el Tesoro Público. Esta señalada competencia, que en casi todos los países la ostentan también los Jefes de los Departamentos con el control del Ministerio de Hacienda, posibilita un último conocimiento de la jurisdicción de la obligación y, sobre todo, de su respaldo financiero en la Ley de Presupuestos que es lo esencial.

(8) CASTAN, obra citada, pag. 31, cita al profesor -- DIEZ PICAZO, en cuyos Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, hace un amplio estudio de la evolución social y económica como determinante de la evolución jurídica en el derecho de obligaciones, tanto en los países capitalistas como en aquellos otros de economía socialista.

(9) PARADA VAZQUEZ, La nueva Ley de Contratos, RAP. 47, hace una dura crítica de esta expresión así como del plan de trabajo de la Ley de Contratos en búsqueda del "ente original" como punto de equilibrio Derecho Civil-Derecho Administrativo.

(10) GARCIA DE ENTERRIA, La figura ..., es un ejemplo típico de lo que en el párrafo se indica ya que, con un verdadero derroche de imaginación jurídica trata de presentar al contrato administrativo como una "modulación" del contrato civil, tesis en nuestro país sin duda acertada hasta la promulgación de la Ley de Contratos del Estado que modifica sustancialmente el panorama.

(11) MEILAN GIL, El proceso de la definición del Derecho administrativo, pag. 7.7: "A mi modo de ver, para plantearse correctamente la cuestión, conviene recordar que la sociedad actual, en contraste con la mala estructura burguesa, es el entretejido constituido por un número creciente de comunidades de intereses, según la terminología de MESSNER."

(12) Aún cuando el tema se estudia con profundidad más adelante conviene decir desde ahora que no es sólo una singularidad derivada de la especial condición del sujeto (una organización pública que llamamos Estado) la que se nos aparece en los contratos públicos. Es algo más, una especial naturaleza y contenido de la relación misma. No es sólo una peculiaridad del sujeto, sino también de la naturaleza de la relación, por razón del fin y la materia de la misma.

(13) GARCIA DE ENTERRIA, ENTRENA... y otros autores - vienen a entender que si se maneja un concepto muy amplio de contrato nos saldriamos de este concepto y entraríamos en el del negocio jurídico o simple convenio voluntario. Estiman - "la doctrina de la causa como elemento esencial de la relación contractual" "requisito que no se da aparentemente en algunos supuestos de convenios de la Administración como los denominados "conciertos", en los cuales la Administración da y no recibe físicamente nada. Pero esta argumentación significa olvidar que el interés público es la única causa jurídica y legítima de todos los contratos del Estado, jugando la causa civil un papel subordinado y secundario.

(14) MEILAN GIL, La distinción entre Norma y el acto administrativo, Madrid 1.967, antes de penetrar en la distinción entre acto administrativo y contrato del Estado es aconsejable fijar las ideas en orden a la distinción entre la Norma y el propio acto administrativo, tema que se trata ampliamente en el trabajo citado. Después de ponderar el autor los rasgos diferenciales típicos (la generalidad y la indeterminación como datos naturales de la Norma, por ejemplo, frente a la singularidad y subjetividad del acto administrativo) -- acepta la tesis de SANDULLI, que caracteriza la Norma jurídica sobre el acto por su capacidad de innovar el ordenamiento jurídico y su permanencia en el mismo.

(15) Vid. Las obras en otras páginas citadas de los autores que en este párrafo y en el siguiente se citan pues de las mismas han sido extraídas las citas y doctrinas de -- que se hace mención.

(16) VILLAR PALASI, Lecciones ..., pag. 26, dice: " La realidad es que la categoría del contrato responde a tres -- ideas esenciales como vimos: libertad en su celebración, autonomía del contenido normativo y reciprocidad de intereses. Los tres elementos esenciales se dan en algunas formas de la actuación administrativa, tal como los contratos de obras públicas o --actualmente-- el contrato de suministros. Pero no -- siempre es así: hay una serie de formas intermedias con situaciones en las que se mezcla una parte contractual con otra de contenido normativo estatutario (así, por ejemplo, en concesiones y en algunas situaciones de personal)..

(17) Nos hemos preguntado si podría construirse con los materiales que nos proporciona el Derecho Civil un fenómeno jurídico contractual similar al que se produce en el marco de los contratos del Estado, esto es, que las dos voluntades -- una de ellas sea la decisoria y la otra complementaria de -- aquella. Los materiales y conceptos que entendemos, a modo -- de simple esbozo, que deberían manejar entendemos deberían -- ser la invitación sin compromiso para el que la formula, el -- contrato de adhesión realizado en atención a condiciones generales rígidas, la oferta vinculante, la aceptación libre... y todo ello enmarcado en la doctrina que defiende la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

(18) Cita tomada de GARRIDO FALLA, obra citada Volumen I, capítulo dedicado a el Acto administrativo, donde puede encontrarse una completísima información del pensamiento administrativo en la materia.

(19) Conviene aclarar que cuando decimos "el órgano no tiene voluntad propia" ello no significa que su aplicación de la Ley sea meramente automática o técnica, como lo haría un computador IBM, en muchísimas ocasiones el Administrador público es un mero ejecutor de las leyes en el sentido expuesto y así conviene que sea. Pero en otras el mensaje de la norma hace necesario que se integre y complete con elementos nuevos cuyo enlace con el precepto deben ser ponderado por la autoridad. Hay materias administrativas de aplicación automática (Derecho tributario...) y otras (Derecho de fomento...) que se traduce en normas mas ambiguas o susceptibles de aplicación alternativa.

(20) Vid. Respecto a los contratos administrativos el art. 13 L.C.E. donde dice de forma terminante que "los contratos a que se refiere el presente capítulo... no se entenderán perfeccionados hasta su aprobación por el órgano de contratación competente"; respecto a los contratos patrimoniales Vid. art. 56 (resolución de los concursos de adquisición), art. 68 y 69 (orden de adjudicación de las ventas); art. 24 (aceptación de donaciones mediante Decreto), art. 40 (realización de transacciones patrimoniales mediante Decreto)... de la L.P.A. y respecto a los otros tipos de contratos citamos al dudoso de función pública, según la construcción jurídica de nuestro país, en el cual el nombramiento conferido por la autoridad competente, se convierte en requisito para adquirir la condición de funcionario (art. 36 --- L.F.C.; podría citarse otras múltiples disposiciones administrativas en las cuales se confirma la idea de que en el compromiso contractual no surge hasta tanto que la Administración "dicta" la pertinente resolución administrativa.

(21) Se desea insistir sobre el distinto juego de la voluntad privada y la voluntad pública en el seno del contrato del Estado. La voluntad privada se "emite"; y la voluntad pública se "dicta". La primera es libre y espontánea y la segunda un reflejo concreto de la voluntad de la Ley.

(22) Sobre la distinción entre situación jurídica reglamentaria o estatutaria y la situación jurídica contractual se volverá más adelante. Interesa aclarar ahora el requisito esencial de lo contractual del Estado, cuando surgen dudas al interprete, es que en este campo un órgano de la Administración, en nombre del Estado, asume obligaciones económicas frente a un ciudadano concreto que asume reciprocamente otras obligaciones específicas frente al mismo. Hay muchos procedimientos administrativos que se ponen en marcha gracias a la voluntad libre de un particular, en solicitud de que se le reconozca por la Administración una situación jurídica de tipo reglamentario o legal (por ejemplo, petición de una licencia, autorización o concesión etc.) pero, se insiste, y se verá con más detalle en paginas ulteriores, que lo genuino de nuestra Institución es que la Administración no se limita a definir la situación jurídica sino que -

además asume obligaciones económicas en correspondencia a las asumidas por el particular contratante.

(23) PUIG BRUTAU, obra citada pag. 203: "La oferta tiene, pues, un carácter esencialmente comunicativo o transitivo. Para expresarlo en términos corrientes en nuestra doctrina -- después de la divulgación de expresiones alemanas traducidas -- al español, diremos que la oferta es una declaración de voluntad recepticia. También es recepticia la manifestación de que se acepta la oferta. Así cabe afirmarlo en términos generales, -- esto es, con independencia del problema de saber a partir de que momento sufre efecto la aceptación."

(24) HERNANDEZ GIL, Derecho de obligaciones, pag. 229, al estudiar el contenido de la autonomía de la voluntad privada -- en el contrato el autor perfila sus tres manifestaciones que son: "1. Libre conclusión o celebración del contrato (autodeterminación), 2. Libertad para la determinación del contenido del contrato. (autoregulación) y 3. Fuerza vinculante del contrato -- (autoobligarse). En el contrato del Estado subsiste la "autodeterminación" pero no actúan la "autoregulación" y funciona de distinta manera la "autoobligación", habida cuenta el relevante papel de la Ley en la fuerza vinculante de los contratos que nos ocupan.

(25) VILLAR-ARIÑO, Lecciones ..., pag. 47. Entienden el principio de legalidad en el campo contractual con más flexibilidad que la que se hace en nuestra exposición. Así, después de afirmar que en algunos campos administrativos la Ley marca a la Administración la actitud y las decisiones que debe adoptar, privándole de toda libertad de iniciativa, añade "pero en otros muchos campos, y tal es el caso del contrato la Ley no constituye para la Administración Pública sino el marco en el interior del cual debe moverse para la gestión del interés público, atendiendo para ello con completa libertad (autonomía de la voluntad) a una serie de consideraciones que son extrañas en principio a la Ley que juega así como límite de su actuación válida, o mejor, como límite de validez de su autonomía de la voluntad... de ahí que, en su actuación, la Administración tiene en este campo legitimada por su no contradicción con la norma", opinión que respetamos pero que, como verá el lector, no podemos compartir.

(26) Citado por GARRIDO, obra citada, pag. 447.

(27) Además de los límites que implica para la autonomía de la voluntad administrativa la Ley, el interés público -- los principios de buena administración, la conformación unilateral del contrato por la Administración implica un nuevo valladar al juego ordinario del consentimiento.

(28) VILLAR-ARIÑO, obra citada pag. 48,

(29) VILLAR-ARIÑO, obra citada pag. 27: "La distinción -- no entraña tampoco en nuestro Derecho graves diferencias de régimen, pues actualmente se ha producido un acercamiento de las

categorías en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en Derecho alemán, los actos declarativos de derechos son irrevocables, en principio; por el contrario, en la situación contractual hay un poder de modificación a favor de la Administración, dentro de ciertos límites."

(30) Los dos preceptos claves que deben ser enfrentados son el art. 3 LCE conforme al cual la Administración queda facultada para celebrar contratos... "y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas" y el artículo 110 LPA que faculta a la Administración a la anulación "de los actos declarativos de derechos" previa declaración de lesividad... también puede anularlos en los supuestos contemplados en el art. 109 párrafo 2º del 110 de la LPA. Aparte de que las situaciones jurídicas reglamentarias pueden ser modificadas por la promulgación de nuevos Reglamentos que afectan a las situaciones consolidadas, hipótesis por completo extraña a la situación contractual pues tal proceder administrativo se reputaría, hablando en términos generales, un caso de incumplimiento.

(31) Se adopta a continuación la clasificación más frecuente entre los civilistas de las distintas figuras de contrato, Asi CASTAN, SANCHEZ ROMAN, PUIG BRUTAU, etc.

(32) Sobre la subvención puede consultarse el trabajo de NIEVES BORREGO, Estudio jurídico administrativo de la subvención, en RAP, 43, pag. 17 y sigs., y completa bibliografía -- allí citada. Por nuestra parte hemos afirmado en otro lugar -- que la subvención no debe configurarse como un auténtico contrato gratuito ya que la dación de dinero aparentemente liberal de la Administración se contrapesa con la obligación que asume el beneficiario de realizar alguna actividad de utilidad pública.

(33) La clasificación de los contratos del Estado en -- de activo y de pasivo, creo que fue FABREGAS DEL PILAR, el -- primero en utilizarla en su obra citada. Nosotros hemos añadido a la clasificación la categoría de contratos "neutros", que son aquellos que no originan un flujo patrimonial Administración-administrados.

(34) GARCIA DE ENTERRIA, La figura...,

(35) GONZALEZ BERENGUER, La contratación ..., pag. 33 ss. ARIÑO, El contrato..., pags. 81 y 82.

(36) No es necesario señalar que si el contrato tiene -- caracter privado los efectos de las cláusulas se regularán por el Derecho Civil o Mercantil, sin que puedan entrar en funcionamiento las típicas prerrogativas y salvo que en el propio -- no del contrato no se hayan previsto, conforme el art. 12 RGC.

(37) Deben recordarse aquí, por ejemplo algunos preceptos de la LPA, que regulan y modifican aspectos contractuales que venían previstos en el Código Civil: El art. 68 que habla



habla de que "los compradores harán suyos los frutos de los bienes enajenados desde el día en que se les notifique la orden de adjudicación"; el art. 69 que sienta que: "Los compradores tienen derecho a la indemnización por los desperfectos que hayan sufrido las fincas desde que se terminó la -- operación pericial de tasación para la venta hasta el día -- en que fue notificada la orden de adjudicación."; y otros -- muchos artículos de este texto legal que no regulan solo -- procedimientos sino el "Derecho Civil del Estado".

(38) Conviene citar aquí el art. 8 RGC, que establece el régimen de todos los contratos privados de la Administración tanto en sus etapas de preparación, competencia y adjudicación como en la de su ejecución y extinción. También -- aclara cuales son los contratos del Estado que tienen la -- consideración de contratos privados: "El aspecto más interesante de este artículo es que admite la posibilidad, discutida por algún sector doctrinal, de que el derecho administrativo establezca una normativa de fondo vinculante a los contratos privados que celebren los órganos de la Administración. En cuanto el contrato privado define unas obligaciones para el Estado, una relación jurídica Administración-administrados, parece indiscutible la facultad de la Administración para aprobar una regulación material del esquema contractual al que deberán sujetarse tanto los órganos como los particulares colaboradores. Lo que no puede realizar la Administración es establecer unas normas aplicables a los -- contratos privados entre particulares, salvo que actúe en -- virtud de autorización legal." También es interesante el número 3 del art. 8 que reenvía al Derecho Civil todos aquellos contratos cuyo carácter no pueda deducirse de las normas reglamentarias o legales hasta el momento comentadas; esto es, establece una presunción en favor del carácter privado de los contratos de la Administración cuando el supuesto no encaje en ninguna de las declaraciones que lo deberían -- atraer de la orbita administrativa, lo que viene a significar un reconocimiento del rango de "fondo jurídico común" -- que sigue ostentando el Derecho Civil frente al plano "especial" en que se desenvuelve el Derecho Administrativo en el marco completo del ordenamiento nacional.

(39) Nos estamos refiriendo, por supuesto, a los -- contratos patrimoniales regulados en la LPE y atendiendo a las calificaciones jurídicas que ésta realiza.

(40) Los contratos del Estado en el extranjero (regulados por el Decreto 3637/1965, de 25 de Noviembre) son de Derecho común del país donde se celebren.

(41) La legislación de entidades estatales autónomas y la que se ocupa de los Planes de Desarrollo, constituyen la normativa a tener en cuenta en orden al régimen general de constitución de las empresas nacionales que, como se sa

be, se instrumentan a través de Sociedades Anónimas. Respecto a la adquisición y venta de valores mobiliarios léanse arts. 100 y sigs. LPE.

(42) Parece oportuno aclarar que las compras de vino por la extinguida Comisión, o de trigo por el Servicio Nacional, o café por la CAT, eran consideradas por la Jurisprudencia como administrativos, aún cuando se sometían en todo al Código de Comercio, y en su interior acepten un contenido normador de Derecho privado. En este sentido véanse los arts. 260 número 3 y el art. 395 RCE que se ocupan de las compras comerciales de la Administración que tengan el carácter de contrato de suministros, es decir, cuando se den algunos de los requisitos del art. 237 RCE. En los demás supuestos nos hallaríamos ante compras patrimoniales sujetas al Derecho privado.

(43) Resulta oportuno aclarar que ese propósito de obtención del "rendimiento óptimo de los caudales públicos" puede no ser congruente con las compras masivas de mercaderías por razón de ordenación del mercado. Estas operaciones se realizan en ocasiones de forma oportunista, para servir a una política coyuntural, su precio puede desviarse no sólo del "precio justo" sino también del "mejor precio".

(44) Debe advertirse, cosa que se estudiará como más extensión en los capítulos siguientes, que conforme el art. 12 RCE, en los contratos privados de la Administración "deberá el órgano proponente, en cada caso, la inclusión de las cláusulas más convenientes a los fines administrativos a que sirve el contrato, los cuales tendrán los efectos que determine el Derecho civil o mercantil." "Ahora bien la defensa del interés público o de los fines administrativos a que sirve el contrato", como dice más modestamente el precepto que se comenta, dando a entender que no está en juego inmediato un interés público concreto en el resultado del negocio, o que opera de modo mediano, o que habiéndolo es aconsejable utilizar la normativa privatista, no puede ser en estas operaciones olvidado. Por más que se hable en los contratos privados -- la Administración acepta un plano de igualdad con el particular contratante ello no significa que el interés público deba ser sacrificado a las exigencias liberales o igualatorias del contrato civil. Esta es la razón por la cual el art. 12 llama la atención al Órgano de la Administración para que incluya en los Pliegos o proponga a la otra parte, en su caso, las cláusulas más convenientes a los fines administrativos "las cuales tendrán los efectos que determine el Derecho civil o Mercantil". Dentro del amplísimo juego que permite a la voluntad del Derecho privado el Órgano de contratación deberá formular aquellas estipulaciones más idóneas a los fines perseguidos. Resulta aconsejable, en la mayoría de los casos que la Administración se reserve la facultad de denunciar o resolver el contrato no sólo por incumplimiento de la otra parte contratante sino --

cuando ocurran determinados eventos o circunstancias, de --previsible influencia en el fin público inmerso en la operación, que hagan desaconsejable o inoportuno el contrato celebrado. De todas las prerrogativas administrativas en los contratos de este carácter la más importante de transplan--tar a la esfera civil es aquella que permite a la Adminis--tración suspender o resolver los contratos en vías de ejecu--ción cuando influyen negativamente en el interés o el servi--cio público. La construcción de una cláusula que ampare esta facultad en el campo civil requiere perfilarla con cuidado para no incurrir en la prohibición establecida en el art. -1256, conforme al cual "la validez y el cumplimiento de los contratos pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratan--tes." Para evitar esta prohibición la cláusula privada de--fensora del interés público deberá tener alcance bilateral y unos efectos indemnizatorios regulados en el propio contra--to."

(45) El requisito de la "inmediatividad" entre contra--to y obra o servicio público, para merecer la calificación --de contrato administrativo, ha sido objeto de una cuidadosa elaboración prudencial aplicándolo caso por caso. Así la sen--tencia T.S. de 2 de Febrero de 1.942 "que diferencia aquel --contrato "que tenga por objeto inmediato y directo la ejecu--ción de obras y servicios públicos", de aquel otro que cons--tituye "el trámite previo o el medio preparatorio para lle--gar en su día al contrato sobre ejecución de las obras o --servicios públicos."

(46) En el capítulo I hicimos una exposición masiva --bibliografica sobre el contrato administrativo a la que he--mos ido añadiendo otros trabajos a lo largo del estudio. Re--cordamos a continuación las monografías más recientes publi--cadas después de la entrada en vigor de la LCE: Vid. CARRE--TERO PEREZ, El contrato administrativo-ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963, en "Rev. Ad. Pub"m num. 45 1964; PARADA, La nueva Ley de Contratos del Estado, en Rev. Ad. Pub, núm. 47, 1965, pag. 397 y ss. y GONZALEZ BERENGUER La contratación administrativa, Madrid 1966, ARIÑO ORTIZ, El contrato administrativo en el Derecho español, RISA, 1969 num. 2-3 y ARIÑO ORTIZ, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, Madrid 1963, RIVERO ISERN, La interpretación del contrato administrativo, Sevilla 1971, \* VILLAR PALASI, Lecciones sobre contratación administrativa Madrid 1969. y GARCIA OVIEDO, El contrato administrativo de suministro, Sevilla 1976.

(47) La clasificación que se expone a continuación no es exactamente la legal: El art. 5 RCE distingue entre con--tratos administrativos típicos (de obras, gestión de servi--cios públicos y suministros, es decir los tipificados así por la LCE) y contratos administrativos especiales que son aque--llos que tienen este carácter bien por disposición adminis--trativa bien por decisión singular de la Administración en --un contrato concreto, por revestir las características que --

expresa en números el art. 4 LCE.

Los artículos 6 y 7 del RCE que se refieren respectivamente al régimen de los contratos administrativos típicos y especiales, merecen un amplio comentario:

Contratos administrativos típicos (art. 6 RCE). Los antecedentes de este artículo se hallan en el art. 4 apartado 1 de la LCE de 1973 y el art. 1 de la LCE de 1965.

La doctrina que contiene cabe calificarla de fundamental habida cuenta que fija el régimen jurídico directo y supletorio de los contratos administrativos típicos de obra, de gestión de servicios públicos y de suministros. Estas tres figuras contractuales constituyen los máximos exponentes del contrato administrativo que cabe reputarlo de arquetipo o esquema modélico en el sistema de contratación del Estado. Se puede afirmar que la relevancia del contrato administrativo, esfuerzo de armonización de la idea civil del contrato con el modo de ser de la Administración, constituye la pieza clave del sistema alrededor de la cual giran los demás negocios por la órbita de la excepción o especialidad.

El artículo 6 fija como se ha dicho el régimen jurídico de los contratos administrativos típicos. Estos contratos tienen el carácter de administrativos "ex lege", esto es, en todo caso, abstracción hecha de su vinculación con las necesidades de los servicios públicos, que se presumen siempre que la Administración utiliza una de estas figuras. Es tal la trascendencia de las obras, concesiones de servicios públicos y adquisiciones en los programas de inversiones públicas que la LCE realizó una clasificación global de estos negocios para marginar cualquier duda o interpretación sobre el régimen aplicable.

La conversión en administrativos, por imperio de la Ley, de estos tres tipos contractuales significa una inmersión completa del negocio en el Derecho administrativo; un alejamiento casi total del Derecho privado. De aquí que el art. 6 hable de que "su preparación, adjudicación, efectos y extinción, se regirán por la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento General". El Derecho administrativo enfoca con gran angular el contrato y se preocupa de toda su génesis; desde que surge la necesidad pública hasta que se satisface la misma por el bien o servicios, sin olvidar las etapas de la definición o proyecto, la selección de la empresa adecuada y la ejecución plegada al interés público en juego.

En defecto de la legislación especial de contratos se regularán los contratos administrativos "supletoriamente, por las restantes Normas del Derecho administrativo. En defecto de este último serán de aplicación las Normas del Derecho privado."

Como se vé, según la jerarquía de fuentes, se sitúa como derecho supletorio de primer grado, antes que el derecho privado, el Derecho administrativo. Esta solución es pura consecuencia de la absorción y remodelación del contrato en la esfera pública que buscó la legislación de contratos del Estado. Este propósito obligaba a una reconsideración integral de los negocios típicos y a un replanteamiento de su problemática en el plazo de administrativo.

Como Derecho supletorio fundamental de la Ley de Contratos del Estado debe citarse la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de Julio de 1957, la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de Diciembre de 1958 y la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de Julio de 1911, refiriéndonos sólo a la de más trascendencia e influencia en el sistema contractual. En el campo del Derecho privado son de especial relevancia los preceptos que regulan la capacidad de las personas naturales y jurídicas y los que establecen los requisitos y efectos del contrato. Merece especial mención el título preliminar del Código Civil en cuando define las nociones y reglas fundamentales aplicables a todo el ordenamiento jurídico.

#### Contratos administrativos especiales (art. 7 RCE).--

Esta norma, cuyo antecedente debe buscarse en el apart. 2 del art. 4 de la L.C.E. y en el art. 8 del RGC, de 1967 -- aún cuando contiene el vigente notables modificaciones, -- tiene dos apartados perfectamente definidos: en el primero fija el régimen de fuentes de los contratos administrativos especiales y en el segundo establece cuáles son los contratos de la Administración que tienen carácter administrativo especial.

Por lo que se refiere al primer aspecto del art. 7 -- enfoca la regulación de estos contratos administrativos -- atendiendo al siguiente orden de prelación:

- Las normas especiales a ellos aplicables.
- En su defecto, y por analogía, por las disposiciones de la legislación de contratos relativas a los de obras, gestión de servicios y suministros.

La función supletoria que se encomienda a la legislación de contratos merece un comentario. Obsérvese que es de primer grado y actúa "por analogía" con las distintas figuras que regula. Quiere ello decir que cuando en un contrato administrativo especial se advierte alguna laguna o insuficiencia normativa no debe acudir al conjunto de la legislación de contratos indistintamente sino a los preceptos especiales reguladores de sus tres negocios típicos, buscando la mayor similitud del esquema contractual y del --

supuesto concreto.. Tanto por lo que se refiere a las etapas de preparación, definición de competencias, formas de adjudicación, efectos y extinción. Lo que se pretende, en suma, es que la legislación de contratos actúe más a través de sus figuras que por la vía de las reglas generales, habida cuenta de la existencia de las normas privativas de los contratos administrativos especiales y de la gran multiplicidad y variedad que tienen en el tráfico de la Administración.

- Como derecho supletorio de segundo grado cita el art. 7 las normas del Derecho administrativo cuya problemática ha sido comentada en el artículo anterior y que puede darse aquí por reproducida.

- Finalmente llama el artículo que se explica a las normas del Derecho privado que funcionarán con un alcance idéntico al también más arriba expuesto.

Más trascendental es la doctrina que contiene el segundo apartado del artículo 7 pues en ella fija qué contratos de la Administración tienen carácter administrativo especial. En realidad la intención del precepto es deslindar el contrato administrativo de los contratos privados de la Administración aún cuando se aproveche la oportunidad de aclarar la regulación de los contratos administrativos especiales. Es decir, que la doctrina que expone es generalizable para todos los contratos de la Administración, si bien deban excluirse los de obras, gestión de servicios y suministros por estar ya calificados e íntegramente regulados por la propia legislación.

El segundo apartado del art. 7 acomete la definición del contrato administrativo siguiendo un doble sistema: en el subapartado 1 sienta las reglas generales aplicables a todos los contratos que la Administración se proponga celebrar; en los subapartados 2, 3 y 4 el Reglamento declara expresamente el carácter administrativo de varias figuras, bien porque así estaban ya calificadas por el Derecho vigente o bien, es el caso del núm 4, porque resultaba conveniente declarar con el rango de norma reglamentaria la directa vinculación de los contratos de transporte al desenvolvimiento regular de los servicios públicos competentes. Ciertamente es que algunos supuestos de contratos de transporte no tienen el carácter administrativo pero las hipótesis que se citan son básicas en el tráfico administrativo.

Resulta interesante ampliar el comentario sobre la doctrina general que establece el subapartado 1. La lectura del precepto pone de relieve que cualquier contrato del Estado se transforma en administrativo cuando incida en el alguna de las circunstancias siguientes:

Que así lo declare expresamente la Ley.- La existencia de una norma del máximo rango que califique de administrativo un contrato, como sucede con los de obras, gestión

de servicios y suministros, margina la casuística singular y, en consecuencia, la apreciación jurídica de la propia Administración. Puede darse el caso de que un contrato elevado al -- rango de administrativo por fuerza de la Ley pueda, en algún supuesto singular, carecer de vinculación directa con un servicio público ni revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público. Esta situación puede tener lugar, por ejemplo, en los contratos de obras acerca de bienes patrimoniales. La declaración legal implica, por tanto, una valoración global de la figura contractual en relación con la Administración y una búsqueda de uniformidad en el tratamiento jurídico administrativo del negocio para servir a los principios de buena administración.

- Que esté directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público. Esta noción, de gran abolengo histórico, posibilita que cualquier figura contractual utilizada por los órganos de la Administración quede sujeta al Derecho administrativo y a la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El antecedente inmediato de este enunciado se encuentra en el apartado a) del art. 3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual tomó la idea básica del art. 47 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de Julio de 1911. El teorema se condensa en la conceptualización -- como administrativa de los contratos celebrados por la Administración, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, "cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie". La interpretación de este inciso ha sido ampliamente comentado por la doctrina.

Conviene poner de manifiesto, sin embargo, la diferencia sustancial que existe entre la proposición que se acaba de transcribir y el apartado b) del subapartado 1 del art. 7. Notése en primer lugar que en el texto reglamentario que se comenta no hay referencia a las obras y servicios públicos, -- tal como hacia la legislación anterior. Tampoco se utiliza -- la palabra finalidad. Por el contrario se dá todo el énfasis a la conjunción entre contrato y el desenvolvimiento regular de los servicios públicos, adquiriendo de esta forma una notable expansión la figura del contrato administrativo. Lo importante no es que el contrato tenga "por finalidad obras y servicios públicos" sino que el contrato esté "directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público".

- Finalmente la letra c) del subapartado 1, alude a -- una hipótesis de más ambigua expresión. Se refiere a aquellos contratos que no obstante no estar vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público, "reviste características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo" o ejecución. Con esta declaración la legislación de contratos aspira a "barrer" hacia -- el ámbito administrativo aquellos negocios en los que hay un juego un interés público dominante abstracción hecha de las --

conveniencias de un servicio público en marcha. Citemos a este respecto el contrato del Estado con la Tabacalera S.A. cuyo -- clausulado lo califica de administrativo, consistiendo en el -- fondo en un ~~contrato~~ sobre gestión de un monopolio fiscal que incide sobre actividades comerciales naturalmente privadas.

Los casos b) y c) originan, en definitiva una atribución en favor de la Administración para definir el régimen jurídico de los contratos que celebre y que se encuentren en las comentadas circunstancias. En otras palabras, en base a la autorización que contiene la legislación de contratos del Estado la Administración queda facultada para excepcionar en estas ocasiones la aplicación del Derecho civil y de declarar la sumisión al Derecho administrativo. La forma de instrumentar esta potestad luce en el art. 11 que se comentará más adelante.

(48) La doctrina del servicio público es, indudablemente la que goza jurisprudencial, doctrinal y legislativamente de -- los mayores apoyos y seguirá siendo útil en el futuro siempre que se opere con un concepto amplio de aquél y su dinámica se vincule con las competencias de los órganos que a la par los -- dirigen y realizan los contratos. Vid. FERNANDEZ DE VELASCO, -- SANTAMARIA, GARRIDO FALLA...

(49) Esta tesis es la de mayor arraigo entre los administrativistas franceses modernos como LAUBADERE, y PEQUIGNOT.. que recogió timidamente una sentencia T.S. de 12 de Abril de -- 1936. Hoy está abandonada en nuestro sistema como secuela de -- la LCE.

(50) Los administrativistas clásicos citados en el capítulo I (DELGADO, GASCON...) destacan las formas de preparación y adjudicación como elemento peculiar de contrato administrativo.

(51) La competencia de la jurisdicción Contencioso-administrativa se consideró único dato relevante tipificador de la categoría de los contratos administrativos, frente a los contratos privados del Estado sujetos al fuero común. Vid. SANTAMARIA, ABELLA...

(52) Vid. MARTIN RETORTILLO, La Institución contractual en el Derecho administrativo..., RAF. 29 GONZALEZ BERENGUER, obra citada, pag. 29, dice, "el fenómeno fundamental que caracteriza al contrato administrativo es la aceptación dialéctica de la desigualdad de las partes", en coincidencia con el -- primer autor citado.

(53) GARCIA DE ENTERRIA, La figura... es la tesis de este autor que tan buena acogida ha tenido entre los administrativistas. Recuerdese que antes se habia mostrado favorable a la doctrina de las cláusulas exorbitantes, Vid. Dos regulaciones orgánicas.

(54) FERNANDEZ GUTIERREZ, Naturaleza jurídica de los contratos administrativos, Barcelona 1954, pag. 200 "en la contratación de obras y servicios públicos es esencial la noción de --



contrato de adhesión: una parte fija las condiciones de la relación jurídica a mantener, la otra las acepta o no.

(55) ALBI, BALLBE... obras citadas.

(56) La tesis del giro o tráfico de la Administración - de GARCIA DE ENTERRIA se completa con las exigencias de la estrutura orgánica de la Administración. Vid. también PARADA, - obras citadas.

(57) La expuesta definición trata de compendiar nuestra tesis, que pretende hallar el fundamento de las particularidades del contrato administrativo en la estructura interna de - algunos contratos del Estado, y la doctrina clásica de servicio público que es la que inspira toda nuestra legislación, - si bien entendiendo este último en forma muy amplia.

(58) La categoría de los contratos públicos tiene raices antiguas, Vid. FERNANDEZ DE VELASCO, obra citada, pag. 43 donde se pregunta, ¿ Pueden existir contratos de Derecho público?. Ciertos que esta figura el no la combibe como ansotos sino que en realidad se trata de la búsqueda de una solución para los contratos administrativos. Para nosotros el contrato público pretende una integración de la institución en - el Derecho público; se trata de una tercera categoría de contratos. Vid. también GARCIA DE ENTERRIA, Curso de Derecho Administrativo, pag. 484; También hace una formulación triplar-tita de los Convenios de la Administración pero la "tercera categoría la identifica con los "conciertos" que es sólo una modalidad del contrato público. Vid. ENTRENA, Consideraciones - sobre la teoría general... RAP, 24.

(59) Una definición exacta del contrato público se hace casi imposible teniendo en cuenta que el Derecho positivo regula los Convenios Administración-administrados sin atender a un esquema preestablecido. Es aconsejable de todo punto el Derecho administrativo presta particular atención a estos negocios voluntarios y perfila con exactitud las consecuencias jurídicas para las partes.

(60) El art. 1 de la LFC, dice: "Los funcionarios de la Administración Pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo." El número 1 del art. 2 LCE, declara exento de la aplicación directa de sus normas. Ahora bien se produce un transbase de la legislación de funcionarios a los contratos administrativos, como sucede con -- los contratos de colaboración de personal y contratos de asistencia regulados por el Decreto de 4 de Abril de 1.974.

(61) El art. 63 de la LFC, dice: "El Estado dispensará - a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos, y les otorgará los tratamientos y consideraciones sociales debidos a su jerarquía y a la dignidad de la función pública.

El Estado asegura a los funcionarios de carreta el derecho al cargo y...".

(62) Vid. FERNANDEZ DE VELASCO, obra citada pag. 288: - "Se reduce el empréstito a un suministro de dinero. Si todo - suministro tiene naturaleza administrativa, con mas motivo la tendrá éste de que hablamos. Por consecuencia de su aplica- - ción y de la entidad prestataria aparece el régimen jurídico especial administrativo."

(63) Vid. GARRIDO, obra citada, pag. 426, donde expone el cuadro de doctrinas en la materia. Según el autor la relación jurídica es mixta: Contractual y reglamentaria. Según el número 2, art. 2 LCE, se trata de un "negocio jurídico de la Administración", si bien está excluido de la aplicación directa de esta legislación.

(64) El artículo 2 número 3 LCE excluye estas operaciones de la aplicación directa de la misma. Entiendo que nos hallamos en estos casos ante la figura de los "contratos forzosos" los cuales, como dice acertadamente OSORIO MORALES, "que dan fuera de la contratación privada y en la esfera de los imperativos de Derecho público", es decir, de las situaciones - jurídicas estatutarias.

(65) Vid. art. 24 LEF y art. 25 a 27 REF.

(66) Como se dijo en otro lugar a este tipo de contratos los califica GARCIA DE ENTERRIA, Curso..., como negocios "de fijación". Ahora bien como tal contrato de fijación es un contrato típico de Derecho público.

(67) Aludimos a la tesis que mantiene el mismo autor, -- Curso..., obra citada sobre que la ausencia de causa, esto es, interdependencia en las prestaciones de los contratos onerosos, es lo que margina a los "conciertos" del marco de lo contractual de la Administración.

(68) GALLEG0 ANABITARTE, Acción concertada..., obra citada, contiene una interesante exposición sobre la naturaleza jurídica de este negocio de la Administración y sus diferen- - cias con el contrato propiamente dicho.

(69) ENTRENA CUESTA, Consideraciones..., obra citada pag. 69. A este autor se debe la distinción entre contrato de colaboración y contratos de cooperación. La LCE ha consagrado plenamente esta clasificación en su art. 2, apartados 4 y 7.

(70) Somos conscientes de que la figura del contrato público está necesitada de una reflexión más exhaustiva, pues - fácilmente se advierte que dentro de su amplia factura caben prototipos muy diversos. Cabe reprochar a la LCE que encerra- se toda la institución en la clasificación bipartita: Contra- tos privados y administrativos del Estado, relegando a los -- contratos públicos, según el art. 2 LCE, a sus leyes especia- les de forma que la legislación general sólo actuase a nivel de "principios" y con carácter supletorio.

## C A P I T U L O   V

### LA GENERACION DEL CONTRATO DEL ESTADO

# C A P I T U L O V

## SUMARIO

### LA GENERACION DEL CONTRATO DEL ESTADO

#### I.- EL PROCEDIMIENTO DE GENERACION

1. Su función inteligente
2. Principios inspiradores del procedimiento de generación
  - A. Uniformidad
  - B. Flexibilidad
  - C. Búsqueda del óptimo contractual
  - D. Defensa del interés público
  - E. Selección del contratante idóneo
  - F. Virtualidad jurídica

#### II.- LA CONFORMACION DEL ESQUEMA CONTRACTUAL OPTIMO

1. Respeto a las prioridades objetivas del servicio público
2. Fijación técnico-económica del objeto del contrato
3. Elaboración de las cláusulas del contrato: la "lex contractus"
4. Dotación financiera del contrato
5. Aprobación del esquema

#### III.- LA CONVOCATORIA DE LA OFERTA PRIVADA

1. Formas de convocatoria
2. Principio de publicidad y concurrencia
3. Naturaleza del acto de convocatoria
4. Los sistemas de selección de las ofertas privadas
  - A. Soluciones extremas: la subasta y la contratación directa
  - B. Soluciones eclécticas: el concurso-subasta y el concurso
  - C. Forma de adjudicación y características del contrato

#### IV.- LA INCORPORACION AL PROCEDIMIENTO DEL CONSENTIMIENTO PRIVADO

1. La figura del candidato
2. La conexión de la voluntad privada con la pública
3. Situación jurídica del candidato

#### V. NACIMIENTO DEL CONTRATO: EL ACTO DE APROBACION

1. La perfección del contrato del Estado
2. Requisitos del acto de aprobación
  - A. Consentimiento: Su generación singular y límites
  - B. Objeto o contenido; el precio justo
  - C. La causa; el interés público fin del contrato
  - D. La forma; la documentación escrita del acto
3. Efectos del acto de aprobación
  - A. Fuerza obligatoria del contrato del Estado
  - B. Compromiso financiero del Estado
  - C. Irrevocabilidad del acto

## CAPITULO V

### LA GENERACION DEL CONTRATO DEL ESTADO

#### I.- EL PROCEDIMIENTO DE GENERACION:

##### 1. Su función inteligente.

"Que la declaración en que consiste el acto administrativo se forme a través de un procedimiento, indica GARRIDO FALLA, es el efecto de una doble causa: de una parte, del hecho de que siendo la Administración una persona moral, su voluntad se forma mediante la actuación de una serie de voluntades correspondientes a los titulares físicos de sus órganos; de otra, del hecho de que por consecuencia de recientes preocupaciones políticas se ha tendido cada vez más a una jurisdicción del actuar administrativo". Las razones que justifican pues el procedimiento se resumen en dos: la necesidad de un expediente como forma de instrumentar la voluntad de la organización pública administradora y la garantía que significa para los intereses públicos y privados involucrados en el acto final de la Administración. (1)

A estas notas debemos añadir otra fundamental: el procedimiento pretende también la eficacia de los órganos en base a una actuación racional. La ausencia de un cauce formal implicaría una libertad de actuación de los órganos propicia al error o la arbitrariedad. Necesidad, garantías y eficacia son las tres razones del por qué las leyes administrativas disciplinan la operatividad de sus autoridades y funcionarios, obligándolos a desenvolverse conforme a unas reglas, unas formas y unos tiempos preestablecidos. La existencia del procedimiento es, en suma, uno de los símbolos del Estado de Derecho en la Administración moderna. (2)

El tema del procedimiento reviste una excepcional importancia en el campo que nos ocupa. Las operaciones contractuales se nos presentan ordinariamente en la vida civil rodeadas

de un gran dinamismo y simplicidad con apoyo en los principios liberales y espiritualistas que inspiran a nuestros códigos privados. El acierto de los negocios estriba en lo meditado de su planteamiento, la habilidad en la negociación, la inteligencia y perspicacia de las partes y la rapidez y decisión en el momento oportuno. Esta mecánica que contemplamos en la vida diaria, cuya eficacia es indiscutible, es perfecta cuando los contratantes juegan y discuten con sus propios intereses, pero suscita grandes reparos el que este modo de operar sea el apropiado u ordinario en los administradores públicos. Es más, como se dijo en el capítulo anterior, el propio derecho civil rodea de exigencias procedimentales los contratos que celebran personas en representación de otras que no están en condiciones de censurar la gestión de los apoderados. Así es el caso de los menores e incapacitados. El interés público es ante la gestión de sus administradores un concepto debilitado y por tanto digno de protección. (3)

La coherencia de la institución de los contratos del Estado está cimentada, justamente, en la existencia de unas reglas comunes a todos ellos al tiempo de su generación o preparación y también en la etapa de su ejecución o cumplimiento. Sin estas coincidencias estructurales ó básicas no podría hablarse del todo unitario que hemos acotado como lo contractual del Estado; este campo común se enriquece ulteriormente con las especialidades que presentan los distintos tipos de contratos no siempre fieles en su visión positiva con las grandes líneas que deberá respetar el sistema. En cuanto este conjunto de reglas -- disciplinan un aspecto de la actividad de la Administración un modo de realización de los servicios públicos y un tipo peculiar de acto administrativo, las reglas comunes -- forman incuestionablemente parte del derecho administrativo; el derecho de la contratación del Estado es en defini

tiva una modalidad de los procedimientos administrativos.

Se vió en otro lugar que la importancia del procedimiento en los contratos del Estado no es igual en todos los países y que en muchos de ellos o no existe jurídicamente o tiene un papel secundario en la gestión y celebración del contrato. Esto supone un enfoque diferente que el que inspira el derecho español y su correcta comprensión exigiría una visión general y profunda de los modos de actuar de aquellas administraciones extranjeras. Sería preciso ponderar la estructura orgánica y funcional de sus unidades, la madurez de las prácticas administrativas que realizan, las fiscalizaciones políticas y administrativas a que están sujetas, las garantías jurídicas del particular frente a las arbitrariedades de las autoridades y funcionarios etc. para formar correcta opinión sobre cómo es posible que a pesar de la ausencia de unos procedimientos vinculantes la contratación del Estado se desarrolle con acierto, honestidad y eficacia. El estudio del derecho comparado tiene el mérito de relativizar conclusiones que desde una perspectiva nacionalista parecen incuestionables, y, también, de brindar al estudioso otras opciones para el logro de análogos objetivos jurídicos o sociales.

Por lo que se refiere al derecho español, ya se dijo, el sistema de contratación público es el fruto de toda una concepción del Derecho administrativo como regulador de la organización, funciones y actos de la Administración pública. La defensa del Estado de Derecho se ha acometido preferentemente mediante el aparato normativo, el positivismo jurídico, tal vez porque en estos últimos años no han funcionado plenamente otros mecanismos políticos de fiscalización del poder ejecutivo. Se han defendido los derechos e intereses individuales frente a los actos de las jerarquías administrativas en base a un esquema legal que si bien consigue aquella finalidad, lo es a costa de reducir en gran medida la espontaneidad e iniciativa personal de los órganos, transformando el procedimiento de cauce flexible y elemental de actuación, a rígida vía de la voluntad

pública. Lo que para otras naciones es adjetivo en nuestro país se convierte en requisito sustantivo de los actos. De aquí la afirmación, que el procedimiento es en el derecho español, y particularmente en el tema que nos ocupa, el auténtico protagonista del quehacer público y no la labor ni el consentimiento personal de las autoridades y funcionarios. No es factible imaginar ya en nuestra patria un sistema de contratación despojado de estas prendas. La lucha consiste en evitar que el procedimiento en vez de guía eficaz de la actuación se convierta en rutina paralizante. (5)

La <sup>virtu</sup>virtud jurídica del procedimiento ~~halla~~ en el derecho español, su máximo apoyo legal en el artículo 42 de la Ley Organica del Estado que consagra, con rango de norma fundamental, que "la resoluciones y acuerdos que dicte la Administración lo serán con arreglo a las normas que regulan el procedimiento", y, por otra parte, el art. 1 de la L.C.E. que sujeta los contratos que celebre la Administración a las prescripciones contenidas en el texto, reguladoras de la preparación, adjudicación y efectos de aquellas. De estos preceptos basicos partira toda la rica variedad de disposiciones administrativas que disciplinan el comportamiento de los órganos, desde que se acuerda satisfacer alguna necesidad pública nueva hasta que se aprueba el contrato que sirve de instrumento de ejecución.

La institución de los contratos del Estado, es, pues, en derecho español, esencialmente formalista y procedimental. Ahora bien, como la viveza típica de las operaciones contractuales, que según se ha visto, constituyen el entorno de estas relaciones en la vida civil, el procedimiento debe estar configurado con tal habilidad, que, sin perjuicio de sus funciones de garantía y seguridad jurídica, posibilite y propicie la celebración de los contratos del Estado en las condiciones más favorables. He aquí un dato peculiar de este procedimiento: su ambivalencia administrati



nistrativa y comercial; su doble propósito jurídico y económico. De este modo se suple la ausencia de la iniciativa personal del órgano, como sucede en otros países, por el sistema; la decisión individualista por la organización abstracta. De aquí que podamos hablar del procedimiento de generación como procedimiento inteligente.

Para VILLAR PALLSÍ "estructura orgánica, función vicarial y principio de legalidad exigen y justifican el - proceso previo de habilitación", síntesis definitoria -- correcta aunque olvida matices relevantes como el de la eficacia y acierto de la operación que debe obtenerse gracias a un meditado engranaje de las piezas del procedimiento, así como el de la aconsejable uniformidad del giro -- o tráfico administrativo, que envuelve innumerables negocios que sin una tramitación unitaria correrían el riesgo de la anarquía y la confusión. (6)

El procedimiento, por todas las razones expuestas, - canaliza los propósitos contractuales de la Administración coordina las voluntades e intereses en juego y tiene por finalidad el nacimiento del contrato. Esta función coordinadora del procedimiento acarrea consecuencias tan relevantes como son:

a) El órgano de la Administración se convierte en impulsor de un expediente que posibilitará la configuración de una óptima voluntad pública contractual.

b) Los elementos de la situación jurídica contractual a constituir serán directa resultante del procedimiento de generación.

c) Los vicios del procedimiento podrán determinar la anulación del contrato con el que forma un todo unitario aunque separable a los solos efectos jurisdiccionales: El procedimiento es siempre derecho administrativo pero el contrato puede estar sujeto en cuanto a sus efectos al - derecho civil, mercantil, laboral o administrativo y de

aquí las variables jurisdiccionales.

2.- Principios inspiradores del procedimiento de generación. Conviene detener más la atención en el procedimiento generador del acto contractual precisando cuales - deben ser las directrices rectoras del mismo; esto es, fijar las características que debe revestir la etapa de preparación al objeto de que esa función inteligente del expediente constituya una realidad practica en el ambito administrativo: (7)

A. Uniformidad.- El procedimiento de generación debe ser uniforme en cada tipo de contrato para todos los organos de la Administración, requisito que debe cuidarse particularmente en aquellos negocios de intensa utilización. Esta uniformidad debe conseguirse por medio de la normativa jurídica o a través de practicas administrativas consolidadas y aceptadas generalmente por las autoridades administrativas, <sup>como ocurre</sup> en aquellos países donde no exista promulgada un régimen de procedimiento obligatorio contractual.

El fin de la uniformidad de cada tipo contractual no es otro que conseguir un esquema basicamente identico, al objeto de facilitar la mecanica administrativa y proteger la seguridad jurídica del administrado. La técnica de los Pliegos generales y de los contratos-tipos evitará la soluciones subjetivas tanto en el periodo de preparación como en el enfoque del entremado obligacional.

B. Flexibilidad. El principio de la uniformidad debe moderarse con la regla de la flexibilidad. No pueden olvidarse las peculiaridades que en muchas ocasiones ostentan algunos contratos, secuela de las necesidades específicas de los servicios públicos, y la autoridad responsable debe estar facultada para adoptar las resoluciones singulares adecuadas. Tales supuestos deben merecer, no obstante, la calificación de excepcionales y la normativa aplicable preverlos en lo posible.

Esta capacidad de iniciativa o de espontaneidad de los órganos en la esfera contractual deberá desenvolverse, en todo caso, por las vías procedimentales pues una solución excepcional no significa derogación de las formas generales. La flexibilidad trata de evitar que el - ciego automatismo de los trámites provoque, en ocasiones, desaciertos por rutinas inapropiadas a la dinámica recomendable en cada caso, pero de ningunomodo puede significar olvido absoluto del procedimiento por la sola consideración del órgano competente cuya voluntad operativa, incluso en estos casos de excepción, deberá estar reglada. (8)

C. Búsqueda del óptimo contractual.- El planteamiento del contrato debe estar meditado de forma que propicie y consiga un esquema contractual óptimo para la Administración y el administrado. La adhesión de la voluntad colaboradora privada, su plano debilitado durante el procedimiento de generación, se contrapesará con un esfuerzo administrativo para hallar lo justo contractual. En el -- cumplimiento de este principio reside la eficacia y la -- trascendencia del procedimiento preparatorio que debe implicar un exámen profundo de las necesidades reales de -- los servicios y de su respuesta en el mercado privado. (9)

Este modo de actuar administrativo, buscando en solitario la configuración más adecuada del futuro contrato que se presentará en su conjunto a los administrados interesados, implica, desde luego, una desviación radical de los esquemas privatistas en los cuales el cuadro de estipulaciones es el fruto de la negociación y del concurso repetido de la oferta, contraoferta y aceptación. No debe tener cabida esta forma de actuar en la Administración porque la libertad negociadora pone en peligro al interés público, imposibilita la conquista de fines muy relevantes de la institución y abre un margen considerable a la arbitrariedad y el error.

Justamente de lo que se trata es de todo lo contrario:

que los procedimientos preparatorios se estructuren de manera que, acumulando una documentación experta y objetiva, brinden como fruto final un esquema contractual -- idóneo para la Administración y el particular colaborador. Es decir, que el órgano no debe confiar en su inventiva personal y su ingenio sino que debe indagar por la vía del procedimiento el mejor plano contractual sin perder de vista las realidades del mercado.

D. Defensa del interés público..- Otro de los fines del procedimiento es el mejor estudio del interés del Estado, desde la perspectiva del servicio y de la Hacienda, al objeto de hacerlo valer en el futuro contrato por la vía de la inclusión de las cláusulas adecuadas.

Variadas piezas del sistema persiguen este objetivo que se hace presente no sólo en el período de la preparación, sino en el momento de la adjudicación y en la ulterior etapa de ejecución.

La defensa del interés público requerirá una estrategia diferente según el tipo de contrato a celebrar, -- la prestación a realizar y las características de la necesidad pública en juego. Es un concepto relativo, por tanto. No bastará que la autoridad administrativa tenga presente el triunvirato precio-plazo-calidad sino que deberá atisbar los riesgos de incumplimiento y los posibles cambios futuros de los intereses públicos relacionados con el compromiso contractual.

E. Selección del contratante idóneo..- Otra meta del procedimiento es la de procurar que los contratos -- del Estado lleguen a celebrarse con las personas o empresas más adecuadas al tipo de prestación apetecida por la Administración. Las consideraciones subjetivas de idoneidad y solvencia deben estar también presentes al tiempo de elaborar el esquema contractual óptimo; en otras palabras, que las motivaciones para la generación y adjudicación de los contratos deben basarse no sólo -- en la atención a las ventajas económicas o técnicas de

De la oferta privada, sino tambien de las garantías de cumplimiento. Se vió en otro lugar como la legislación administrativa española es más exigente que la civil al tiempo de fijar la capacidad de obrar privada en el ámbito de la contratación del Estado.(10)

F. Virtualidad jurídica.-- El procedimiento de regeneración del contrato por último, no debe ser mero conjunto de trámites internos de la Administración cuyo incumplimiento carezca de trascendencia contractual y no pueda, - consecuentemente, ser denunciado por los particulares interesados. Por el contrario, los efectos del expediente deben - constituir vicio de consentimiento administrativo con el mismo significado que el derecho civil concede a este supuesto

Las leyes administrativas deberán fijar qué actuaciones preparatorias tienen caracteres esenciales y su incumplimiento conlleva fatalmente la nulidad del contrato, y cuales otras pueden ser subsanadas sin afectar a la validez del negocio celebrado o constituyen meras irregularidades solo imputables al funcionario negligente.(11)

## II.- LA CONFORMACION DEL ESQUEMA CONTRACTUAL OPTIMO

### 1. El respeto a las prioridades objetivas.--

Los órganos gestores de los servicios públicos se movilizan hacia un horizonte de realidades indefinidas pues actúan en el marco de unas atribuciones competenciales enumeradas por las leyes en términos intencionadamente amplios. Esas expresiones de que están plagadas las leyes administrativas cuando enuncian las competencias de los órganos, como las de "promover", "impulsar", "fomentar", "dirigir"... los servicios de su incumbencia, ponen de relieve el fondo potencial de actos e iniciativas que pueden ser acometidas. Las necesidades públicas objeto del servicio tienen, pues, frontera abierta y es la escasez de los medios económicos disponibles para su financiación lo que hace imprescindible una ordenación y selección de actuaciones en base a unos criterios de prioridad.

Esta labor discriminadora de las necesidades públicas se verifica ordinariamente a través de planes y programas de inversión pública a largo plazo, redactados a la vista de magnitudes macroeconómicas básicas y de la gama de -- objetivos deseables. El presupuesto anual concretará ulteriormente el monto de inversiones y gastos que puedan realizarse durante el ejercicio.

La fijación de unas correctas directrices del gasto público constituye antecedentes necesarios en la conformación del contrato del Estado, particularmente en los de pasivo, pues de ahí dependerá la rentabilidad de la operación para la causa pública y, en definitiva, la justificación de la institución; ningún valor tiene el procedimiento de generación debidamente despachado, y seguido de un contrato jurídicamente perfecto, si su objeto es inadecuado o de dudosa oportunidad para el interés público. Además, el defectuoso enfoque de la inversión encauzada por la vía del contrato, está sujeta a previsibles correcciones futuras. La imprevisión administrativa se tratará de corregir más tarde, a costa del equilibrio contractual, con un uso injustificado de la potestad administrativa que no puede convertirse de ningún modo en paliativo de errores que -- debieron evitarse con una mejor programación.(12)

2. La fijación técnico-económica del objeto del con  
trato.

Arrancando de las líneas de los programas se llega a la determinación técnico-económica de los bienes o servicios objeto del contrato.

En las disposiciones reguladoras de los distintos contratos del Estado lucen las actuaciones que deberán realizar los órganos para la mas completa definición de la prestación apetecida. Así, por ejemplo, el artículo 11 de la -- L.C.E. establece que "el objeto de los contratos deberá -- ser determinado, y su necesidad para los fines de los servicios públicos correspondientes se justificará en el expediente de contratación, que tambien incluirá el presupuesto del gasto". La doctrina del precepto, aparte de consagrar

el requisito de la determinación en correspondencia con el artículo 1.273 del C.C., se preocupa de que el objeto del contrato sea necesario para los fines del servicio público, esto es, que sea oportuno y adecuado el gasto, obligando al órgano a que lo justifique en el procedimiento mediante los informes y antecedentes a ello conducentes. Se trata de evitar, en fin, lo que se dijo más arriba, que la contratación del Estado se vacíe de su verdadero sentido instrumental al servicio / de un interés público concreto.

En el mismo sentido, el art. 52 de la Ley de Funcionarios civiles prevé que "las plantillas orgánicas - habrán de ajustarse a las necesidades de los servicios"; el art. 97 L.P.E. nos habla, al regular las adquisiciones de terrenos, que deben ser aquellas "que el Estado -- precise para el cumplimiento de sus fines", y el art. 92 de la misma Ley se refiere a "la adquisición de los bienes muebles necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos" En todas estas disposiciones y otras muchas que podrían citarse, está presente la idea de que el objeto del contrato se corresponda exactamente con una necesidad pública existente y concreta. La interdependencia fin público-objeto del contrato es una pieza clave - en la singularidad de la institución.

La determinación del objeto implicará en todos los procedimientos de generación una operación técnico-económica de fijación de las características de los bienes o servicios que se pretenden adquirir o enajenar en el mercado. En tanto la labor definidora de la cosa quede suficientemente pergeñada será factible alcanzar un precio - cierto en el mercado de bienes o servicios. En el ámbito privado la necesidad individual se forma en virtud de un proceso intelectual carente de formalidades pero en el ámbito público las necesidades reales de esta índole son el fruto de una metodología selectiva y racional que preten-

de objetivas la decisión.

No puede extrañar entonces que la legislación administrativa se ocupe con atención de las características técnico-económicas que deben cumplir los terrenos a adquirir, los proyectos de obras, los de explotación de los servicios públicos a gestionar por particulares, las especificaciones de los suministros, la índole de los servicios a prestar por los funcionarios y colaboradores etc. y que todo ello figure como antecedente en el procedimiento de generación.(13)

Pero además hay un aspecto económico en estas actuaciones de relevante trascendencia. La fijación técnica del objeto lleva implícita un cálculo de gasto público o de ingreso en los contratos de activo, que es dato primordial para el debido cumplimiento de la normativa financiera o presupuestaria del Estado. El conocimiento y previsión del gasto público, en relación con un negocio determinado, es antecedente de buena administración financiera.(14)

La aprobación, en fin, del documento donde consta la fijación técnico-económica del objeto del contrato constituye el primer acto preparatorio de los que componen el procedimiento de generación.

La "lex contractus"  
3. Elaboración de las cláusulas del contrato - s-  
tas cláusulas son las que definen el bloque de derechos y obligaciones al que habrá de adherirse la oferta privada.

Un dato típico del contrato del Estado, como se ha dicho muchas veces, es que el vínculo contractual lo perfila la propia Administración, por vía de acto singular o de norma reglamentaria, mediante un proceso intelecti-



vo interno de sus órganos del cual está ausente la persona privada colaboradora. El órgano competente deberá ponderar, a la vista de la prestación apetecida, la mejor configuración del contrato a celebrar, en especial, las cualidades que deberán reunir los candidatos, el tiempo de ejecución, los derechos y obligaciones de las partes, el régimen de pagos, los riesgos que el interés público corra en el negocio.... al objeto de fijar un esquema contractual óptimo, con arreglo al derecho administrativo o al derecho privado, según la naturaleza del contrato. - Como secuela de este análisis previo del compromiso futuro del órgano de la Administración meditará las facultades que, conforme al derecho aplicable, deba reservarse durante la etapa de ejecución del contrato; pero no deberá olvidar que aún cuando el contrato sirva al fin público es imprescindible idear un montaje obligacional que brinde también seguridad y estímulo para el contratante privado.(15)

La L.C.E. se limita a decir a este respecto, con carácter general, en su art. 5 que la "preparación de los contratos de la Administración se desarrollará bajo la dirección y la responsabilidad de la autoridad o del órgano que los celebre". Las normas especiales aplicables a los distintos contratos son más explícitas que este precepto, cuyo gran valor estriba en la clara imputación de responsabilidad que establece para los órganos de contratación, razón por la cual deberán extremar el celo, para lograr la más acertada elaboración del futuro contrato. (16)

En relación con la elaboración de los reglamentos, cuadros de condiciones, pliegos de cláusulas generales o particulares, bases....pues éstas y otras variadas formas reviste la "lex contractus" que deberá regir el contrato, cabe llamar la atención sobre los siguientes puntos inspiradores de una correcta definición:

A. Razones de uniformidad aconsejan que la Administración elabore normas contractuales y pliegos de tipo general que contemplen de forma completa las figuras contractuales de más frecuente utilización, de manera que los convenios

y contratos singulares se conviertan en documentos muy sim  
plificados. Esta manera de proceder favorecerá en gran medi  
da la agilidad del procedimiento de generación. (17)

B. Por razones de seguridad jurídica todos los plie  
gos y proyectos de contratos deberán ser informados por -  
el Asesor jurídico para cuidar de la legalidad de las es-  
tipulaciones. La inclusión de cláusulas ilegales en los -  
pliegos, y ésta es una razón de notoria trascendencia, no  
excusa, en principio, el deber de cumplimiento por la Ad  
ministración una vez aprobado el contrato, hasta tanto -  
que haya conseguido ésta su anulación por los medios re-  
visorios que, según el tipo de conculcación, autorizan -  
las leyes. Se trata de una manifestación de la doctrina  
de los actos propios que habrá ocasión de comentar más -  
adelante. (18)

C. La preocupación por el interés público involucra  
do en la operación aconsejará ordinariamente la inclusión  
de normas o cláusulas en el esquema que garanticen el ejer  
cicio por la Administración de facultades de fiscalización  
y de modificación del vínculo durante la etapa de cumpli-  
miento. Las cauciones y penalizaciones son también útiles  
instrumentos para estimular a la persona privada contra-  
tante al estricto cumplimiento de sus obligaciones.

La asunción de estas prerrogativas por parte del -  
órgano de la Administración se instrumentará normalmente  
por vía normativa en los contratos administrativos de in  
tensa utilización y en los contratos públicos. Si el con-  
trato debe quedar sujeto al derecho privado la protección  
al interés público debe conseguirse de acuerdo con la nor  
mativa del derecho civil o mercantil (art. 12 R.G.C.). Lo  
que no tiene sentido en el derecho español es la "cláusula  
exorbitante": la potestad administrativa debe disciplinarse,  
en suma, por el derecho administrativo o por el derecho civil.  
(19)

D. La necesidad, por último, de ajustar el esquema  
contractual a las realidades del mercado aconsejará, en fin,  
un estudio adecuado del ~~sector~~ incidido ~~por~~ el contrato  
a celebrar al objeto de que las condiciones se aco-  
plen a prácticas mercantiles, industriales o profesiona-  
les aceptables en el correspondiente tráfico de bienes y

servicios.

Las cláusulas elaboradas por la Administración, unidas a las condiciones técnico-económicas, una vez aprobadas, se convertirán en el esquema contractual rígido y vinculante, salvo excepciones, tanto para el órgano como para los terceros interesados.

El "proyecto de contrato" surge a la vida jurídica a la busca de la persona privada interesada en su cumplimiento.

4. La dotación financiera del contrato.- La definición técnico-económica-contratual del negocio que deba celebrarse hay que enlazarla con las posibilidades financieras legales de la autoridad administrativa competente. El contrato debe apoyarse en créditos presupuestarios autorizados sin cuyo requisito perdería su validez.

La defensa del interés económico del Estado exige que la unidad de inversión solo se ejecute cuando su financiación óptima quede garantizada por el presupuesto, que se convierte así en pieza condicionante y limitativa del contrato, hasta tal punto que la legislación de Contratos del Estado, en completa armonía con la legislación financiera, reputa nulos de pleno derecho los compromisos contraídos por los órganos de la Administración olvidando este requisito. (20)

Nótese la peculiaridad que reviste en este punto - la contratación del Estado en comparación con la contratación de las personas privadas según las leyes civiles. El derecho administrativo presume insolvente al órgano de contratación que deberá acreditar en el expediente - que dispone de fondos presupuestarios para hacer frente a la obligación de pago; el derecho civil presume solven

tes a los que se obligan contractualmente haciéndoles - responder con todos sus bienes presentes y futuros. Por el contrario en el derecho administrativo son nulas las obligaciones contraídas por un órgano carente de dotación y la responsabilidad económica del Estado está limitada por las cifras del presupuesto. No es aplicable el principio de la responsabilidad universal del deudor tan típica del Derecho civil. Esta singularidad de la - figura del Estado-deudor está basada en poderosas razones financieras que no es este el momento de exponer.

Ahora bien, debe hacerse notar que el incumplimiento del requisito de dotación financiera válida, una vez celebrado el contrato, no excluye la responsabilidad de la Administración. El contrato será nulo de pleno derecho pero ello no es óbice para que el contratante privado pueda ejercitar una acción de daños y perjuicios en los términos establecidos en el art. 40 de la L.R.J.A.; como no ha existido contrato la responsabilidad administrativa debe dilucidarse en el marco de la extracontractualidad.

La conversión de los créditos presupuestarios, una vez aprobados legislativamente, en obligación económica contractual es la secuela de un procedimiento financiero que debe ser considerado por la relevante influencia que tiene en el ámbito que nos ocupa. El derecho presupuestario y el derecho contractual constituyen dos bloques en la legislación administrativa que se inciden y - se entrecruzan en el procedimiento, funcionando, como se vió en otro lugar, bajo premisas a veces no coincidentes. El contrato <sup>que</sup> es uno de los instrumentos de que dispone la Administración para ejecutar el estado de gastos de los presupuestos, originando deudas para el Tesoro cuya contratación y cumplimiento debe atemperarse a los dictados

del derecho financiero.

La dotación financiera del esquema contractual o - proyecto de contrato, se virtualiza jurídicamente mediante el acto administrativo de autorización del gasto, que tiene por objeto hacer constar en el expediente por el - órgano competente qué créditos presupuestarios disponibles quedan afectados o reservados a las obligaciones de pago que surjan del contrato.

Por razones de celeridad del expediente y para armonizar la actividad contractual con la actividad financiera, resulta aconsejable que el propio órgano competente para celebrar el contrato esté también facultado para la autorización del gasto. Esta solución adopta la legislación - de contratos del Estado respecto a los de carácter administrativo, con solo algunas excepciones. La autorización de gasto debe configurarse por la legislación administrativa como una facultad implícita en la competencia general para contratar, pues esta significa ante todo contraer - obligaciones económicas para el Estado. (21)

#### 5. La aprobación del Esquema.

El proceso intelectual de la Administración concluye y cristaliza en el acto de aprobación de las condiciones que han de servir de fundamento al contrato a celebrar. - Este acto de aprobación puede revestir muy diversas formas ya que en ocasiones (contratos administrativos y patrimoniales) consiste en una simple resolución ministerial y en otras (contratos públicos como el de función pública, algunos conciertos y concepciones, etc) reviste el rango de acuerdo del Gobierno e incluso <sup>adopta forma</sup> reglamentaria. (22)

Lo importante al tiempo de la aprobación es que el - cuadro de condiciones aprobado refleje con total certidumbre la necesidad de la Administración que se trata de satisfacer con apoyo en el consenso interesado de un particular. No se insistirá nunca lo bastante en este requisito pues es uno de los pilares de la buena administración, como se verá. Es -

decir, que el esquema debe tener la virtualidad de constituir un entramado obligacional Administración-administrado cierto, óptimo para la primera, aceptable en bloque por el segundo interesado y plenamente adaptado y condicionado a la necesidad pública que se trata de satisfacer. Todos estos objetivos exigen un profundo estudio del negocio a celebrar que debe realizar el órgano competente examinando aquél desde todos los ángulos y no solamente desde el prisma del interés público.

Para dejar este tema de la fase administrativa precontractual, que se cierra con la aprobación interna del esquema, conviene precisar, por último, sus características esenciales.

Las notas que caracterizan lo precontractual del Estado se pueden concretar así:

A. Unilateralidad. Ninguna intervención tiene el administrado ni, por supuesto, el administrado-contratante en la etapa de formación del futuro contrato que se define básicamente por la Administración. Desaparecen, en consecuencia los tratos, tanteos, y conversaciones preliminares que caracterizan la generación de un contrato privado típico. - Conviene no olvidar, por su analogía con el caso que nos ocupa, la figura del contrato de adhesión cuya etapa preparatoria también está al margen de las aportaciones de una de las partes contratantes. Esta particularidad constituye una directa consecuencia de la contratación en masa moderna cuya racionalidad aconseja actuaciones previas independientes de la perfección de los contratos singulares. En la contratación del Estado la unilateralidad alcanza no solo a las condiciones generales sino también a las específicas de cada negocio. Se trata, por ende, de una unilateralidad integral.

No está de más añadir, aún cuando parece claro, que la etapa que comentamos no tiene relevancia jurídica frente

a los administrados hasta tanto no se publica el esquema y se adiciona como antecedente del contrato celebrado. - Los administrados carecen en este momento de derechos o intereses legítimos que defender caso de que el órgano infrinja la normativa aplicable del proceso preparatorio. No podrán, en fin, interponer recursos contra las actuaciones preliminares hasta tanto que las mismas se publiquen, lo que hace las veces de notificación a los particulares interesados en el asunto. (23)

B. Normatividad. Esta etapa que estudiamos no es mera actividad informativa o técnica del órgano de contratación, ni simple deseo de una documentación correcta del proyecto de contrato. Tiene virtualidad jurídica, en el sentido de que está constituida por una serie de actuaciones -- obligatorias cuya omisión originará la nulidad del esquema y del propio acto administrativo que le sirve de vestidura.

La sujeción al derecho de la gestación del esquema - afecta a su forma y a su fondo; tanto a las solemnidades o trámites a culminar por el órgano que tienen fuerza constitutiva como al contenido intrínseco de la relación jurídico - contractual a establecer.

¿Qué fundamento tiene esta peculiar biología de la voluntad contractual administrativa? Se ha dicho variadas veces en este trabajo. Lo que busca el sistema jurídico español es garantizar a la par la jurisdicción y el acierto de los negocios voluntarios de la Administración. El sistema es el centro de gravedad y no la voluntad del órgano de contratación. De aquí, que bien por la vía legislativa, bien - por la de normas de rango reglamentario incluso mediante la adopción de pliegos y contratos tipos se favorezca al máximo la uniformidad de los contratos del Estado, a costa de la libertad contractual e iniciativa de los órganos competentes.

C. Definidora. Por último, la etapa precontractual que se comenta tiene por relevante finalidad definir apriorísticamente el vínculo obligacional, fijar técnica y eco-

nómicamente el contenido exacto del contrato a celebrar.

Esta regla general tiene sin duda excepciones pues no siempre la Administración puede ni debe imponer a rajatabla su esquema en el mercado. Cabe afirmar, no obstante, como - extraño al esquema ideal de contrato del Estado en el Derecho español que el nacimiento y concreción del compromiso - Administración-administrado sea fruto del forcejeo de la voluntad pública con la voluntad privada y mucho menos que la primera ceda la iniciativa de la operación a la propuesta - privada. Como se verá más adelante la posición activa de la voluntad administrativa genera una posición pasiva o de sumisión de la voluntad privada y su unión se produce mediante el fenómeno jurídico de la "incorporación". (24)

### III. LA CONVOCATORIA DE LA OFERTA PRIVADA.

1. Formas de convocatoria. Una vez que cristaliza - con la aprobación lo que venimos denominando "esquema contractual óptimo", el procedimiento de generación, en una segunda etapa, dirige sus pasos a la búsqueda del contratante privado más idóneo para el objeto del contrato, esto es, la oferta más interesante de entre las que puedan surgir en el mercado.

Esta búsqueda de la voluntad administrativa-fija con la voluntad privada de adhesión o sumisión puede realizarse de dos formas: pública o privadamente. La convocatoria pública significa una llamada genérica y notoria a todos los administrados, lo que lleva implícita la aceptación de una metodología o procedimiento para perfeccionar el contrato en régimen de concurrencia; la convocatoria privada, por - el contrario que es la táctica normal en el sector privado, implica la realización de una gama de gestiones y actuaciones, reservadas y esporádicas, por el órgano de contratación, en búsqueda del administrado más idóneo para el objeto del contrato.

Como se verá enseguida esta forma de operar debe re-



putarse, en principio, impropia para el sector público y su campo de aplicación debe tener un alcance restringido; en aquellos casos en que no sea posible o conveniente para el interés general el sistema de publicidad y concurrencia, que emerge en nuestra institución con el rango de axioma - general indiscutible. Una vez más el sistema, el método, el procedimiento inteligente desplaza al actuar discrecional - de los órganos de contratación. (25)

2. El principio de publicidad y concurrencia. La importancia de este principio es trascendental en el sistema de selección de los administrados colaboradores y merece la pena repasar brevemente sus fundamentos. (26)

A. El requisito de publicidad en el periodo de búsqueda del contratante idóneo está aconsejado, en primer lugar, por estimular la transparencia del actuar administrativo en las operaciones contractuales, propicias, por su trasfondo económico, a la sospecha de arbitrariedad. La publicidad constituye un soporte del juego limpio en cuanto facilita la fiscalización de los actos de la Administración por los administrados.

B. Por otro lado, la publicidad es también un medio para conseguir la máxima concurrencia que sin aquella difusión quedaría limitada al grupo de administrados que la Administración estimase conveniente dar a conocer sus propósitos contractuales.

Si la voluntad de contratar de la Administración se mantuviese en terreno reservado, la presencia de su demanda de bienes y servicios en el mercado se verificaría en - un campo de informaciones siempre limitadas o parciales - en perjuicio de aquellas ofertas potenciales menos conocidas o más desvinculadas del quehacer administrativo.

C. Por lo que se refiere a la concurrencia, su fundamento jurídico es doble. Por una parte trata de servir al principio de igualdad de los ciudadanos ante el Estado, cuya aplicación práctica se traduce en nuestro campo reputando a todos los administrados interesados en la obtención de los beneficios y ventajas que alberga la ejecución de una prestación contractual. En segundo lugar, la concurrencia posibilita la defensa del interés económico del Estado pues solo de acuerdo con un mercado de máxima competencia cabe obtener el mejor precio para el esquema contractual administrativo.

El principio de publicidad, motor de la concurrencia, tiene su manifestación concreta en el acto de convocatoria a través de los periódicos oficiales y privados. Según el tipo de contrato revestirá características reglamentarias diversas.

Pero además tiene otras manifestaciones como son el acto de concurrencia propiamente dicha (apertura de pliegos u ofertas por las meses de contratación, la celebración de Oposiciones, los Sorteos de lotería.....) y el acto de aprobación que suele ordinariamente ser objeto de publicación en el Boletín Oficial.

Los actos de convocatoria, concurrencia y aprobación son tres momentos claves en el procedimiento de generación que deben respetar el principio de publicidad. Un buen sistema de contratación del Estado debe aceptar estas reglas generales de manera que su no observancia - tenga el carácter de excepción inspirada en el interés público. (27)

3. Naturaleza del acto de convocatoria. La convocatoria de los administrados para atraerlos hacia el esquema contractual de la administración, reviste modalidades diversas según el tipo de contrato: hay veces que la convocatoria es abierta y tiene carácter de permanencia, como

sucede con la venta o prestación de servicios públicos; u otras figuras de contratos públicos como el de loterías; en otras ocasiones la convocatoria es concreta y con referencia a un negocio específico, así sucede con la mayoría de los contratos patrimoniales y administrativos. Además la convocatoria puede ser, y así lo es normalmente, pública y dirigida a personas indeterminadas; pero ello no excluye la convocatoria personal y directa en determinados supuestos permitidos por la ley. Hay casos, por último, - en que no hay convocatoria propiamente dicha y el contrato surge o por iniciativa del particular interesado, tal es el caso de las donaciones al Estado, o por la situación personalísima en que algún administrado se halla ante la Administración, como sucede en los acuerdos expropiatorios y en los convenios fiscales.

Esto es, la convocatoria presume la existencia de - una pluralidad de interesados en el contrato y la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia. Significa la regla general en la contratación del Estado pero es forzoso admitir variadas excepciones.(28)

El acto de convocatoria es, en fin, una llamada a los administrados, una invitación pública a formular ofertas o proposiciones en relación con el esquema contractual tipo. Al hacer esta definición estamos, por tanto, de acuerdo con la mayoría de los autores que no conceden el rango de verdadera oferta al acto de convocatoria. Como dice -- ~~FUIG BOUTAO~~ "la oferta es una proposición unilateral que una de las partes dirige a la otra para celebrar el contrato. No es un acto preparatorio de contrato sino que es una de las declaraciones contractuales. Así, pues, solo hay oferta cuando el contrato puede quedar cerrado con la sola aceptación de la otra parte, sin necesidad de una ulterior declaración del que hizo la oferta". Es obvio que

el acto de convocatoria no es normalmente una efectiva - oferta sino un acto administrativo dirigido a provocar - la presentación de una pluralidad de ofertas privadas.(29)

Incluso en la subasta, <sup>de 1939,</sup> que para algunos autores es una excepción a la regla general, el acto de convocatoria <sup>no</sup>unido a la publicidad del esquema, puede ser estimado como una verdadera oferta pública:

- La adjudicación provisional que se realiza a ni vel administrativo, de acuerdo con previsiones automáticas, no crea derechos en favor del adjudicatario que no los adquirirá sino cuando la autoridad competente apruebe la resolución inferior.(art. 31 L.C.E.)

- Si la Administración no adjudica en el plazo de veinte días el adjudicatario podrá retirar su proposición. De aquí se deduce que la Administración no tiene una obligación terminante de adjudicar definitivamente la subasta; si bien, cuando lo haga deberá realizarlo precisamente en el adjudicatario provisional.(Art. 32 L.C.E.)

- Y, en fin, la adjudicación definitiva puede no - confirmar la provisional en los dos supuestos del art. 32 de la L.C.E., uno de ellos de libre apreciación por el órgano competente.(30)

Se trata de demostrar que la iniciativa del administrado no tiene el significado de aceptación contractual y que, como regla general, la aceptación o aprobación es - competencia genuina del órgano competente. Ni el acto de convocatoria es oferta de contrato, sino mera invitación a presentar ofertas, ni la proposición de la empresa puede ser aceptación porque el contrato no nace de esta actuación privada sino de la aprobación de la Administración. La mecánica del contrato del Estado es triangular: invita

ción o convocatoria-proposición u oferta-aceptación o aprobación.

Debe comentarse por último la trascendencia jurídica del acto de convocatoria. Para algunos autores, como BOQUE  
RA, "los actos que publica el anuncio de licitación no --  
crean derechos en favor de sus destinatarios". Según esta  
tésis la convocatoria es una "invitación sin compromiso".-(31)

Desde nuestro punto de vista el acto de convocatoria no puede ser revocado por la Administración una vez que se han presentado proposiciones u ofertas en relación con el contrato a celebrar pues este hecho pone de relieve la -  
existencia de interesados directos y no simplemente poten-  
ciales. El acto de convocatoria vincula, en principio, a  
la Administración a mantener su voluntad declarada en los  
términos en que la publica y todo ello porque tiene el de-  
ber de continuar el procedimiento. Si razones de interés  
público aconsejan la revocación de este acto preparatorio  
del contrato podrá, en efecto realizarse pero si se han -  
manifestado interesados directos, por la vía de la presen-  
tación de ofertas, entendemos que el particular perjudica-  
do estaría legitimado para ejercer una acción de daños y  
perjuicios contra la Administración, basada en el art. 40  
de la L.R.J.A; exceptúase el caso de que en el propio es-  
quema contractual anunciado<sup>o</sup> en la legislación que le sir-  
ve de soporte esté prevista la facultad del órgano para -  
suspender o anular la convocatoria correspondiente.

4. Los sistemas de selección de las ofertas priva-  
das. La oferta privada es la suma de un factor objetivo  
y otro subjetivo. El factor objetivo trata de analizar -  
la oferta desprendida de la entidad o persona que la for-  
mula; el factor subjetivo concede todo el énfasis a las -  
características del oferente. En realidad, un buen contra-  
to depende de la mezcla de ambos factores.

Los procedimientos de selección de las ofertas privadas, con sus ricas variedades, y su propósito de armonizar los factores ponderables, son el fruto de la tensión entre las doctrinas de-1 automatismo y la doctrina de la discrecionalidad que tiene reflejos encontrados en la legislación de todos los países. (32)

A. Soluciones extremas: la subasta y la contratación directa. Conforme a la doctrina del automatismo el procedimiento de selección debe montarse sobre la base - de que esta se produzca mecánicamente, por simple comparación de términos económicos concretos de las ofertas - privadas. La subasta libre al alza o a la baja, según el tipo de contrato, con adjudicación obligada a la oferta económicamente más ventajosa, es el símbolo histórico y todavía actual del automatismo contractual. Su aceptación implica llevar a sus últimas consecuencias un criterio - de desconfianza hacia el órgano de la Administración al que se coarta de modo tajante la posibilidad de razonar sobre otros factores relevantes que puedan influir al -- tiempo de celebrar el contrato; también un criterio de - seguridad para los terceros interesados que aceptan este simplista sistema como mal menor que evita arbitrariedades administrativas; y, en fin, un criterio económico para el Tesoro que deposita en este procedimiento su fé en orden a la obtención del precio más ventajoso. (33)

Frente a la doctrina del automatismo se opone la - tesis discrecionalista, que argumenta en favor de la concesión de un amplio margen de libertad de actuación del - órgano, datos que reputan indispensable para celebrar los contratos del Estado con acierto y oportunidad. Alegan - que la gestión de un contrato, tal como sucede en el tráfico privado, requiere barajar un conjunto de circunstancias objetivas u subjetivas que inciden en cualquier operación. El modelo de la tesis discrecionalista es la con-

tratación directa previa consulta o sondeo del mercado.

Ni la subasta libre, ni la contratación directa pueden reputarse procedimientos aconsejables ni generalizables en la esfera pública.

La subasta, aunque aparentemente aparezca como el mejor exponente de los principios de publicidad y concurrencia, tiene dos quiebras fundamentales: la primera, - constituir una llamada amplísima e indiscriminada a la - concurrencia de todos los posibles interesados en la operación, prescindiendo de fijar características o calidades mínimas de los licitadores, que aún cuando implicarían una limitación al volumen de aquella concurrencia, - asegurarían una solvencia mínima de los partícipes y, en definitiva, el cumplimiento de sus obligaciones; en la - segunda, reputar a la ventaja del precio único dato válido para celebrar el contrato, olvidando que el mismo debe combinarse siempre con la índole del oferente. Precio-plazo-calidad son el trípode donde debe asentarse toda - operación bien meditada sobre bienes y servicios. Y la subasta solo pondera uno de estos factores.

Además, la subasta es más propicia que ningún otro - procedimiento a las confabulaciones de interesados, a las bajas desproporcionadas o temerarias, al estudio somero - de las ofertas y errores en las mismas, entre otras irregularidades frecuentes que podrían citarse. (34)

Ante esta serie de aspectos negativos la legislación positiva ha reaccionado recortando progresivamente su campo de aplicación en la contratación del Estado y puede considerarse hoy un procedimiento periclitado, solo útil en - casos concretos y determinados. Solo los contratos de obras de menos de 25.000.000 pesetas -a la baja- y en las ventas de bienes patrimoniales -a la alza- tiene hoy todavía aplicación este procedimiento, caso éste último en el que tal

vez conserve cierta justificación por la índole exclusivamente financiera de la operación.

Por lo que se refiere a la contratación directa cabe afirmar que, es obvio, no debe aceptarse como regla general en la contratación del Estado porque significa un radical desconocimiento del principio de publicidad y concurrencia, piedra angular del sistema de selección. Su aplicación deberá tener carácter enumerativo y excepcional y así lo consagra el derecho positivo. (35)

Ahora bien, existen algunos tipos de contratos del Estado, particularmente en el ámbito de los públicos, en los que por su carácter masivo y uniforme no es posible la introducción del principio de publicidad y concurrencia tal como opera en la generalidad de los casos. Pensemos en el contrato de lotería, apuestas deportivas, utilización de los servicios de Correos u otros servicios públicos de libre disfrute por los administrados, compras comerciales de la Administración, etc. En todos estos casos la actuación contractual administrativa no opera ordinariamente en base a unos principios de publicidad y concurrencia que sirvan de marco al contrato y el negocio se perfecciona directa y espontáneamente entre el órgano y el particular colaborador. Las razones son varias. El carácter masivo continuo de estos contratos, la ausencia de especificidad de la prestación, el precio tasado y la existencia de unos esquemas de condiciones reglados convierten en inoperante unos principios que están meditados para transacciones referentes a bienes concretos y de cara a un mercado competitivo.

La libertad contractual del órgano queda frenada en el cuadro de condiciones económico-administrativas que ha de regir la operación. El contrato se apoya en normas jurídicas intangibles, debidamente publicadas y conocidas, por ende, por los interesados.



B. Soluciones eclecticas; el concurso-subasta y el concurso. Ambos procedimientos respetan los principios - de publicidad y concurrencia pero corrigen el automatismo de la subasta permitiendo una cierta libertad de apreciación al órgano responsable. (36)

En el concurso-subasta se elimina el peligro de una - concurrencia indiscriminada sobre la base de incluir en - los pliegos integrados en el esquema de cláusulas selectivas que contienen los requisitos objetivos y mínimos, en - orden a la solvencia técnica y financiera, que deberán cumplir las empresas que opten a la licitación. En este procedimiento el aspecto más delicado estriba en la redacción - de estas cláusulas selectivas pues no deben ser excesiva--mente amplias, lo que haría ineficaz la selección, ni ~~exce~~sivamente restringidas pues ello reduciría peligrosamente la concurrencia, ni formuladas en términos ambiguos que - vulneren la seguridad jurídica de los licitadores, lo cuales deben conocer de antemano con certidumbre si cumplen o nó las barreras de selectividad. Y, en fin, el aspecto más discutible de este sistema lo constituye el hecho de que, - a pesar de la cuidadosa selección previa, la adjudicación se resuelve de forma automática, al igual que la subasta, si bien ésta se apoye en una concurrencia homogénea y capacitada, dato no despreciable. (37)

El procedimiento de concurso es, sin duda, el que reune los requisitos más adecuados para verificar una adjudicación correcta del contrato del Estado. Respeto los principios de publicidad y concurrencia, la selección de los candidatos, o mejor dicho de la oferta privada, se verifica por el órgano apreciando en su conjunto la proposición y las - cualidades intrínsecas de aquéllos. Los candidatos pueden, además, adoptar ante la oferta de contrato de la Administrara

ción no una mera actitud pasiva o de adhesión sino que puede contraofertar otras soluciones que mejoren el esquema de la Administración. El concurso no manifiesta unas características uniformes en todos los contratos del Estado y su mecánica reviste particularidades en los contratos patrimoniales, administrativos y públicos, pero en todas sus versiones está presente, además de la publicidad y concurrencia, el principio de apreciación discrecional de las proposiciones de los candidatos, con la adjudicación final al que globalmente haga la expresada propuesta más favorable, sin atender forzosamente a un factor único económico como en la subasta.

Si al sistema de concurso libre se le incorpora la característica típica del concurso-subasta, esto es, la inclusión de cláusulas selectivas de la concurrencia y se incluye además en el pliego rector de la adjudicación los criterios objetivos que han de presidir la valoración de las proposiciones habremos llegado probablemente al procedimiento de selección más recomendable de los utilizables por las Administraciones públicas. (38)

C. Forma de adjudicación y características del contrato. A modo de resumen debemos concluir este comentario advirtiendo que es imprescindible examinar las características y circunstancias del contrato para deducir de las mismas el modo óptimo de selección de las ofertas privadas potenciales. No cabe sentar en este campo reglas de general aplicación para todos los contratos del Estado y es necesario actuar con bastante flexibilidad.

En la enajenación de bienes patrimoniales, por ejemplo, es posible que el sistema ideal sea la subasta libre al alza en pliego cerrado, pero si el pliego impone al comprador determinados condicionamientos de interés público (supongamos la ejecución de un determinado proyecto urbanístico o turístico sobre los terrenos) este dato convierte la venta en contrato administrativo, añade a la proposición

un componente obligacional de resultado y parece más aconsejable dilucidar la adjudicación en el ámbito de un concurso. En algunos contratos públicos, como la Deuda pública la lotería, etc. la contratación directa de los títulos es el camino habitual, pero si el mercado de candidatos a los mismos fuese superior a la oferta de la Administración parecería obligado adjudicar estos contratos respetando los principios de publicidad y concurrencia.

Los ejemplos que se podían añadir serían muy numerosos. Estas consideraciones abundan en favor de que el sistema conceda a los órganos de contratación la facultad de ponderar las circunstancias del caso y que puedan optar entre un abanico de formas de adjudicación y selección. Ahora bien, una vez realizada la elección debe sujetarse escrupulosamente el órgano al procedimiento elegido. La teoría sistemática del contrato del Estado aconseja por su parte que las leyes contemplen casuísticamente las distintas posibilidades y brinden de antemano la solución más idónea.

#### IV. LA INCORPORACION AL PROCEDIMIENTO DEL CONSENTIMIENTO PRIVADO.

1. La figura del candidato.— Los procedimientos de contratación, se ha explicado, no son mera aglomeración de trámites sino una dinámica inteligente que canaliza la voluntad administrativa. El consentimiento de la Administración cabría afirmar es un consentimiento-procedimiento.

Los procedimientos persiguen además, en la etapa que acabamos de examinar, despertar el interés de los administrados acerca de la invitación contractual administrativa captando la voluntad de éstos y posibilitando de esta forma la creación del contrato en los términos deseados.

El administrado escucha la llamada de la Administración y bien se inhibe de la misma, bien manifiesta a través del procedimiento su voluntad interesada realizando los ac-

tos formales previstos en las leyes generales o en el esquema contractual básico. Este comportamiento del administrado ante la invitación o convocatoria del órgano competente viene a constituir la oferta privada. Desde una posición inicial de simple o mero interesado potencial el administrado se convierte en candidato cuando exterioriza efectivamente su deseo de alcanzar la situación jurídica contractual que la Administración indica.

En otros términos, el administrado se muestra parte en el procedimiento formulando proposición u oferta, incorporando su voluntad a la voluntad administrativa mediante un acto de sumisión o adhesión. Lo típico de la figura del candidato es pues el interés que le impulsa a aproximarse al procedimiento y la posición de sumisión o adhesión que forzosamente ha de adoptar para poder optar al contrato.

De entre los candidatos surgirá más tarde el contratante del Estado.

2. la conexión de la voluntad privada con la pública.— Nos interesa examinar con más detalle la naturaleza del acto de voluntad manifestado por el candidato y la especial situación jurídica en que el mismo se halla. Parece oportuno realizar como introducción a algunas citas doctrinales, como por ejemplo, RAISER que también ha estudiado la problemática de las condiciones generales en el tráfico en masa, en el cual el factor psicológico de la declaración de voluntad pierde valor. "La fuerza interna, dice, de la voluntad jurídica negocial disminuye cuando se trata del cliente anónimo del gran público. El particular se siente impotente ante el gran espectáculo mercantil o industrial, y en lugar de la decisión tomada con previsión responsable de las consecuencias, se coloca en el papel pasivo de dejarse llevar a una relación jurídica por otros preformada e impersonal". (39)

El fenómeno jurídico de los contratos de adhesión - y las dudas que suscita su naturaleza es tema ampliamente estudiado en el cual no merece la pena extenderse aquí. - Bástenos decir que esta figura es un producto típico de la economía moderna en busca de la racionalización de los métodos en las relaciones humanas sin olvidar también el afán de predominio en el mercado de los entes económicos. No obstante, la mayoría de los autores afirman terminantemente la naturaleza contractual de los negocios concluidos mediante la mecánica de la adhesión o sumisión y así también lo ha hecho notar nuestra jurisprudencia, si bien -- adicionando oportunas consideraciones para evitar que la desigualdad de poder de las partes pueda hacer quebrar la justicia y reciprocidad esencial en el contrato.

La conexión, por tanto, de la voluntad privada con la pública se produce en virtud de un acto típico de adhesión o sumisión, donde la voluntad más debilitada del particular se contrapesa con la rigurosa disciplina jurídica a que está sometida la prepotente voluntad pública.

Por lo que se refiere a la forma de manifestación - de la voluntad privada recepticia ésta tiene lugar mediante un acto dirigido al órgano que realiza la invitación. El candidato exterioriza su aceptación al esquema contractual elaborado por la Administración, propone aquellos aspectos que, según los casos, son de su incumbencia y realiza las demás actuaciones que sean complementarias de aquel acto principal.

Según el tipo de contrato y el procedimiento de adjudicación la oferta del particular adoptará la forma de - una sumisión plena e incondicionada al cuadro de condiciones elaborado por la Administración, como sucede en el - contrato de función pública, Deuda pública, lotería y - otros de calificación pública, o bien permitirá al candidato incorporar a su propuesta condiciones de precio, cla

se o cantidad respecto al esquema administrativo, como sucede en los concursos de obras, gestión de servicios y su ministros. En este segundo supuesto la sumisión o adhesión aparece matizada asemejándose más la conexión de las voluntades a la dinámica consensual del contrato privado.

En todo caso, cualquiera que sea el supuesto contem-plado, la naturaleza de la voluntad expresada por el candi-dato es de índole diferente a la que manifiesta en el con-trato civil. Como se ha indicado en otro lugar la única voluntad creadora del vínculo obligacional en el contrato del Estado es la del órgano de la Administración que tenga com-petencia para definir, por imperio de la ley, la situación jurídica contractual, actuando como antecedente condicionan-te y radical la voluntad privada interesada. La posición - del particular, aún cuando pueda en el ámbito del procedi-miento generador contraofertar algún punto del esquema con-tractual público, está siempre supeditada a la potestad ad-ministrativa que es la que al fin acepta y virtualiza la - propuesta privada. De aquí que hablemos en este epígrafe - de la incorporación de la voluntad privada al procedimiento porque más que como un elemento del contrato actúa como un requisito básico en el sistema para que el órgano pueda - crear la situación jurídica contractual.

Resulta en fin que la voluntad del candidato es una voluntad sumisa, una voluntad sin virtualidad jurídica directa, una voluntad que se limita a poner de relieve a través de - la oferta un interés o pretemsión que adquiere alcance fren-te a la Administración cuando ésta lo hace suyo, lo confun-de con el interés público y crea el contrato en base a las facultades que las leyes la otorgan. (40)

3. Situación jurídica del candidato..- Conviene re-cordar que a través de la convocatoria estudiada más arri-ba lo que lleva a cabo en realidad la Administración es -- una "invitación" a los administrados interesados para que formulen ofertas vinculantes para los mismos. No se trata

de una oferta administrativa pendiente de aceptación privada sino de un dispositivo que pondrá en marcha la oferta privada que encontrará respuesta en el acto de aprobación del contrato que se estudia en el epígrafe siguiente.

No puede afirmarse sin embargo que la invitación administrativa producida a través de la convocatoria sea una invitación "sin compromiso". Si así fuese la situación jurídica del candidato sería precaria o intrascendente; es decir que de ella no se generarían acciones a ejercitar contra la Administración como secuela de posibles comportamientos irregulares de ésta en el procedimiento.

El candidato no tiene, en efecto, un derecho a la celebración del contrato ni a que el acto de aprobación acepte su oferta pues esta decisión del órgano tiene un íntimo rango discrecional o de libre apreciación en el interés público. El candidato solo tiene derecho a que se reciba su oferta y se le dé la tramitación prevista en las leyes o en el esquema contractual. Exceptúase el caso de que el acto de aprobación consista por imperio de la normativa general o de la específica del esquema en una decisión automática, secuela directa del hecho de que la oferta formulada por el candidato llene determinados requisitos, como por ejemplo en las subastas de bienes el precio más alto y en las subastas de obras el precio más bajo. En este supuesto concreto el candidato beneficiado no tiene solo un interés sino que ostenta el derecho a que la Administración le reconozca la situación jurídica contractual. (41)

En este sentido debemos aclarar que en el derecho español la conquista automática del contrato por los candidatos no está ordinariamente reconocida en los contratos patrimoniales ni tampoco en los administrativos; solo en algunas figuras de los contratos públicos de activo (venta de servicios públicos, lotería,.....) se podría hablar de un derecho del administrado al contrato y de una obligación inexcusable de la Administración de aceptar y cumplir la -

oferta privada.

Como titular de un interés jurídicamente protegido el status del candidato quedará definido y defendido por la mecánica que establec<sup>en</sup> cada supuesto el derecho administrativo complementado por el esquema contractual. A éste corresponderá fijar los derechos y obligaciones que frente a la Administración genera la posición de candidato. También deberá fijar esta normativa las reglas del juego, o sea, los criterios selectivos que habrán de utilizarse para seleccionar de entre los candidatos aquél o aquéllos que alcanzarán el rango de contratantes.

No está de más destacar un derecho típico y fundamental de los candidatos que puede reputarse axioma general cualquiera que sea la figura del contrato del Estado que se contemple. Este derecho no es otro que el de poder exigir ante la Administración y ante la jurisdicción competente que por el órgano de contratación se respeten las normas formales y materiales que deben presidir la adjudicación del contrato. La seguridad jurídica del candidato y del interés privado en juego se cimenta en esta normativa y el incumplimiento de la misma por la Administración llevará aparejada la nulidad de las actuaciones y la indemnización de los daños y perjuicios que se puedan haber ocasionado.

El fundamento de esta responsabilidad de la Administración se cimenta en la consideración del candidato como un interesado directo de buena fé. La seriedad y la presunción de legitimidad que debe envolver a todo el actuar de la Administración, y la convocatoria o acto de invitación no es ni mucho menos una excepción, vincula al ente público, que debe impulsar el procedimiento iniciado y concluirlo en los términos que proceda. La convocatoria no puede ser revocada ni modificada por cuanto envuelve un compromiso unilateral firme contraído por la Adminis--



tración. De aquí que mantengamos la tésis, basada en el artículo 40 L.R.J., de que si anunciado el acto de convocatoria la Administración decide anular el mismo deberá indemnizar a los candidatos los daños que esta irregularidad administrativa pueda haberles ocasionado. Del mismo modo, - salvo que según se indicó la norma o el esquema digan lo contrario, si la Administración no respeta la mecánica pre establecida para la adjudicación, el candidato tiene derecho a que se restablezca el imperio de la norma o base infringida, previa anulación de las actuaciones viciadas; y a que se le indemnicen los daños y perjuicios sufridos - con base en la misma ley antes citada reguladora de la responsabilidad extracontractual del Estado. (42)

En definitiva, el candidato es titular de un interés que está jurídicamente protegido; en esta protección se manifiesta la sustancia contractual que fluye por las arterias de toda la institución. No es una posición de precario. Consiste en una situación jurídica definida por las leyes - y el esquema, cuya mayor virtualidad estriba en la posibilidad de exigir al ente público que respete las reglas del juego, esto es, el procedimiento inteligente y vivo que es en verdad el que da vida al contrato.

#### V.- NACIMIENTO DEL CONTRATO: EL ACTO DE APROBACION.

1. La perfección del contrato del Estado.- Parece oportuno comenzar el análisis de este punto con una cita de FERNANDEZ DE VELASCO. Dice: "La voluntad informa la contratación en lo civil, y a su gusto la moldea; al contrario, en las concesiones administrativas y en los contratos administrativos, en general, la obra pública, el servicio público, parece como que se desprenden de la voluntad de los sujetos que sirvieron de soporte al nacimiento de la relación jurídica y que, adquiriendo obra y servicio una cierta existencia independiente, reaccionan contra toda voluntad individual, incluso contra la voluntad individual de quienes -

trabaron la relación jurídica que dió nacimiento a la obra pública y al servicio público." Esta exposición del prestigioso profesor llamó nuestra atención cuando estudiamos su obra clásica en la materia porque sin llegar su mensaje a las mismas conclusiones que nosotros mantenemos demuestra que entrevió la virtualidad autónoma del consentimiento y del fin público que subyace en el contrato, frente a las voluntades individuales del órgano de contratación y del contratante privado. La obra o el servicio, o sea, el fin público-real del contrato, es lo principal, el eje del sistema; y el sistema o procedimiento institucional es, se ha repetido muchas veces, la manifestación auténtica del querer público. (43)

Esta es la peculiaridad del sistema español en el cual se sacrifica la autonomía de voluntad de los órganos y se disciplina y debilita la voluntad individual, mediante el instrumento de la norma, en aras de la uniformidad de los contratos de la Administración, la eficacia intrínseca de los compromisos y la seguridad de los intereses públicos y privados involucrados en los mismos. Por todas estas razones confirmamos la opinión del ilustre administrativista sobre la "existencia independiente" del fin público que vibra en el contrato y que reacciona contra toda intromisión perniciosa de los sujetos intervinientes en el negocio.

Pues bien, este fin público, el fin del procedimiento de generación del contrato, cristaliza, en suma, en la producción de un acto administrativo del cual dimanarán los recíprocos derechos y obligaciones entre las partes; en otras palabras, la situación jurídico administrativa de naturaleza contractual que anuda el vínculo Administración-administrado. El acto de invitación o convocatoria, acerca del esquema contractual óptimo elaborado por la Administración, y la oferta firme formulada por los candida-

tos constituyen los actos preparatorios de la resolución que aprueba al fin el entramado obligacional. La aprobación del contrato, denominada frecuentemente adjudicación en la terminología positiva de los contratos administrativos y de otras variadas formas en los demás contratos, implica la recíproca atribución de un bloque activo-pasivo de facultades y deberes entre las partes.

La aprobación del contrato, según el derecho administrativo, es sinónimo de la perfección o celebración del mismo según el derecho civil. En otro tiempo los autores barajaron puntos de vista en torno a cual era el momento de los diversos estadios de la generación del contrato del Estado que virtualizaba el compromiso obligacional entre las partes. Hoy, por lo que se refiere al derecho patrio, es obvio que el acto de aprobación es el que determina, por regla general, el nacimiento del contrato, bien sea este privado, administrativo o público. Las particularidades que reviste en cada uno de estos negocios se verá en el epígrafe siguiente. (44)

La naturaleza jurídica de la aprobación viene prejuzgada por lo que se dijo en otro lugar sobre la configuración del contrato del Estado como una modalidad de los actos de la Administración: las fronteras entre los conceptos de norma-acto-contrato, como se ha tenido ocasión de comentar, son difíciles de deslindar en la institución que ahora nos preocupa. La institución vista globalmente es un conjunto de normas, un supercontrato normativo Administración-administrado, que sirve de fundamento a los actos de aprobación; y de estos actos nacerá la situación jurídica contractual. El contrato es una especie de los actos administrativos reglados cuya nota distintiva estriba en la incorporación o adhesión al procedimiento de una voluntad individual interesada, que opera con el rango de requisito sustancial de validez.

Los autores alemanes han construido brillantemente teo

rías para poner de relieve las distintas formas y contenidos que los acuerdos de voluntad individuales pueden adoptar, aparte del caso típico del contrato. Nos referimos a las figuras Vereinbarung, Gesamtk, Beschluss y -Einigung. Cada una de estas expresiones alude a un tipo peculiar de acuerdo de voluntad que produce efectos jurídicos entre dos o más personas y que, sin embargo, no merece la consideración de contrato. El verdadero contrato, afirman los civilistas, solo surge cuando el acuerdo de voluntades se produce mediante un consénso negociado entre dos individuos dotados de la misma libertad y poder. Ciertamente el contrato del Estado no es un arquetipo de la hipótesis civilista de contrato, razón por la cual su íntima naturaleza ha de indagarse bajo otras premisas diferentes, según hemos tenido oportunidad de exponer en anteriores capítulos. El acto de aprobación que perfecciona el contrato es el fruto no del concurso de la oferta y de la aceptación al igual que en el derecho civil, ni de los poderes que recíprocamente se conceden dos sujetos entre sí; la perfección en nuestro ámbito es la conjunción de la potestad de la ley junto con la potestad que el administrado interesado atribuye al órgano competente en virtud de su oferta vinculante.

La tesis que se expone no es extraña ni mucho menos al sentir de nuestra doctrina científica que, casi sin excepción, identifica la aprobación administrativa con la perfección del contrato. Lo que sucede es que todos estos estudios están referidos al contrato administrativo y no al contrato del Estado como institución global, pero ello no le quita virtualidad. Así, por ejemplo, VILLAR PALASI nos dice: "Hemos dicho cómo todo procedimiento administrativo está integrado por una serie de actos que preparan una decisión final, en vista de la cual se producen todos los anteriores. Hemos llegado a la decisión final. La adjudicación definitiva es el resultado que persiguen los procedimientos de selección de contratistas. Con ella, la Adminis

tración acepta la oferta del licitador elegido, se produce el acuerdo de voluntades y se perfecciona el contrato, dando origen a un vínculo jurídico del que derivan derechos y obligaciones mutuas para ambas partes". Y más adelante, - tras una serie de disquisiciones doctrinales concluye diciendo "Lo cierto es que, en el derecho administrativo, - la declaración de voluntad de la Administración se resuelve en un acto-procedimiento, cuya última fase es el acto de control que supone la adjudicación definitiva.... con anterioridad a ésta, el contrato ha comenzado a tener un principio de existencia, debido al hecho de que el particular ha declarado plenamente su voluntad, en tanto la Administración solo ha emitido una declaración parcial de voluntad". (45)

Para otro autor (BOQUERA) el acto de aprobación o, mejor dicho, la adjudicación definitiva, ya que contempla también el tema desde la perspectiva de la contratación administrativa, tiene carácter complejo: encierra un aspecto unilateral y otro propiamente contractual que es la perfección del contrato. El autor, consecuente con su tesis de que poder administrativo y contrato son conceptos incompatibles, separa escrupulosamente lo que él considera derecho administrativo en el acto de aprobación y vínculo contractual extraño a aquél. "La distinción, dice este autor, resulta necesaria por dos razones; primera para resolver adecuadamente los problemas que presenta la impugnación de la adjudicación definitiva, y segunda, para esclarecer la relación existente entre los procedimientos de selección de contratistas y los contratos". Está claro que este profesor no concibe al contrato del Estado como parte integrante y fruto del procedimiento de generación. De aquí que marque esta frontera entre procedimiento y contrato con la sola preocupación de fijar los medios para la impugnación de los actos separables del contrato, es decir, los que le sirven de soporte en el procedimiento. (46)

Es el momento de resumir las consideraciones que se hacen más arriba. Para nosotros el acto de aprobación es acto esencialmente unilateral de la Administración y la perfección del contrato es justamente su consecuencia primordial. Se trata, en algunos tipos de contratos, de un acto complejo que comprende declaraciones diversas, antecedentes del nacimiento singularizado del vínculo, pero solo cabe enfocarlo jurídicamente como un todo indivisible con el procedimiento y el fin perseguido. Y todo ello, en suma, porque el contrato del Estado es un contrato normado y de adhesión, con el predominio exclusivo de una sola voluntad que dicta la "lex contractus" no solo a los candidatos concretos, sino en general a todos los administrados.

2. Requisitos del acto de aprobación.— Coinciden el contrato civil y el acto administrativo de aprobación de un contrato del Estado en que son básicamente declaraciones de voluntad con el efecto jurídico de creación de un vínculo obligacional económico entre dos personas, si bien una de ellas sea privada y la segunda un ente público, razón por la cual los requisitos de validez de ambas instituciones consisten en el cumplimiento de los mismos presupuestos: consentimiento, objeto, causa y forma. En el derecho civil, el artículo 1.261 junto con el artículo 1.278 constituyen los preceptos que así lo consagran, y en el derecho administrativo debe acudirse a la legislación de contratos del Estado y a las normas reguladoras del procedimiento administrativo. La adjudicación definitiva de un contrato administrativo, la aceptación de una donación, la orden de adjudicación en una venta patrimonial, el nombramiento de un funcionario, la aprobación de un concierto.... constituyen modalidades de actos de aprobación de contratos cuya estructura interna se despiece en los cuatro elementos que consagró secularmente el derecho civil.

Nos interesa en este momento, moviéndonos en el terreno de las ideas generales y huyendo de repetir cuestiones que han sido analizadas en capítulos anteriores, detener nuestra atención en los aludidos cuatro requisitos del acto de aprobación para poner de relieve sus peculiaridades frente al contrato vulgar y la gama de los actos administrativos. En realidad, como se verá, nos hallamos ante una figura híbrida y compleja que participa de la naturaleza de ambos, pero que incorpora una rica variedad de aspectos genuinos:

A. Consentimiento: Su generación singular y límites.  
El acto de aprobación es, según se mire, unilateral o bilateral. Es unilateral, porque como se ha tenido ocasión de exponer la declaración de voluntad de la Administración, en razón a la potestad jurídica de sus órganos competentes para definir el derecho, crea el vínculo obligacional, previa incorporación de la voluntad sumisa del contratante privado; pero es también bilateral porque la voluntad individual, — aún cuando actúe en un plano debilitado es requisito imprescindible para el nacimiento del vínculo contractual. La doctrina científica ha creado a este respecto el epígrafe de los actos-condición o actos-bilaterales cuyo binomio trata de poner de relieve el juego de la voluntad privada supeditando la validez o efectos de una resolución administrativa. (47)

Por tanto, la primera nota peculiar del mutuo consentimiento que envuelve el acto, imprescindible para que pueda hablarse de contrato, es el hecho del desigual poder jurídico de las voluntades concurrentes; el alma de la institución que examinamos estriba, justamente, en el papel regulador de la ley para coordinar la supremacía de la voluntad pública con el ser de los contratos; para armonizar el interés público y el interés privado en los negocios voluntarios de la Administración.

Otra nota típica de la manifestación del consentimiento en el ámbito público: su generación a través de un procedimiento reglado de inexcusable culminación por el órgano competente antes de exteriorizar la declaración de voluntad contractual de la Administración.

Hay que distinguir, para una mejor comprensión de este punto, tres facetas de la voluntad administrativa contractual:

- La voluntad del sujeto físico que encarna al órgano de contratación competente, que debe reputarse, con carácter general, extraña al quehacer administrativo. La doctrina ha dejado bien claro que la declaración de voluntad administrativa es objetiva de modo que el consentimiento - privado del funcionario así como sus vicios no son factores influyentes en la validez del acto administrativo, salvo casos excepcionales como son los delitos de coacción ... (48)

- La voluntad del órgano de contratación competente, o sea, la del sujeto físico pero actuando con su vestidura pública esto es, la competencia o poder legal que ostenta como administrador pero sin el cauce procedimental.

El contrato realizado por un órgano competente para contratar pero con olvido total del procedimiento sería nulo de pleno derecho; y con olvido parcial, anulable. En cualquier caso sería un contrato ilegal que debe ser anulado. (49)

- La voluntad de la Administración en materia contractual, obtenida gracias a la consecución por el órgano de procedimiento en cada caso establecido. Solo en este último caso puede hablarse de un consentimiento administrativo propio. La voluntad personal del sujeto físico, sumada a la competencia y al procedimiento nos da la verdadera dimensión de la voluntad de la Administración, del consentimiento público que actúa aprobando el contrato y dando vida a la situación jurídica en cuyo análisis estamos empeñados.



Límites.- Al lado de los límites procesales y formales que enmarcan a la expresión del consentimiento público es necesario aludir a los límites materiales o de fondo del mismo, La definición de estos límites luce en el artículo 3 L.C.E. - con carácter general para todas las figuras de contratos del Estado: "La Administración podrá concertar los contratos, -- pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que - no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración....". Este precepto es de importancia fundamental ya que consagra la potestad contractual y la libertad de pactos en favor de la Administración, así como los límites que esta facultad recibe en el ámbito estatal.

Conviene advertir a este respecto que esta capacidad - contractual administrativa no puede entenderse en el sentido civil sino en su sentido propio administrativo y, por tanto, referida a la etapa unilateral en que la Administración conforma el esquema contractual; o sea, que en ningún caso la libertad de pactos administrativa debe ser interpretada como - libertad de negociación y de trato con los particulares. La - primitiva versión de la L.C.E. (art. 10) confirma esta interpretación, normativa que está en correspondencia con el art. 14 de la vigente L.C.E.

Podía pensarse que el precepto que comentamos consiste pura y simplemente en una réplica del art. 1.255 del Código - civil conforme al cual "los contratantes pueden establecer - los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público". Sin embargo las diferencias entre ambas de - claraciones dogmáticas, civil y administrativas son ~~son~~ muy - relevantes.

Por una parte, las palabras utilizadas para fijar los - límites de la libertad de pactos o autonomía de la voluntad - son diferentes. El C.c. habla de "las leyes, la moral y el ór

den público", y el derecho administrativo del "interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración". Los cambios no son meramente gramaticales sino - que encubre un esfuerzo de acoplamiento de los límites que de ben presidir a la voluntad privada en la esfera contractual, dominada por el principio dispositivo, a los límites que de ben pesar sobre la actuación de un ente público:

El interés público, primer límite, es la causa finalista de todos los contratos del Estado, desparecida la cual el contrato como acto de la Administración devendrá inválido. - Teniendo en cuenta que el interés público actúa como básica- causa del contrato su estudio se realiza más adelante.

El ordenamiento jurídico, segundo límite que luce en - el artículo 3 L.C.E. debe comentarse en unión de lo que indi ca el artículo 1 L.C.E. conforme al cual "los contratos que celebre la Administración del Estado con personas naturales o jurídicas se ajustarán a las prescripciones contenidas en la presente ley y en sus disposiciones reglamentarias". La intención de este artículo es someter toda la actividad contractual de la Administración a las prescripciones de la ley específica en la materia. Esta regulación tiene como objetivo esencial definir un cauce de actuación administrativa, es de cir, procedimiento o forma de realizar contratos. Por su parte el art. 3 L.C.E. se refiere al ordenamiento jurídico en - bloque y parece incidir sobre el aspecto material o de contenido de los compromisos públicos. La aplicación combinada de los artículos 1 y 3 L.C.E. determinan la plena sumisión a derecho del contrato del Estado. Todavía más. Lo que resta como "terreno libre" de la Administración queda todavía sujeto al respeto al interés público, ya comentado, y también a los - principios de buena Administración que se comenta a continuación.

Los principios de buena administración implican una - llamada o advertencia a los órganos para que no conformen - solo su actuar al derecho sino que, además procuren una utilidad efectiva para los fines públicos. Los principios de -

buena administración constituyen toda una ética para los administradores públicos. Como decía la introducción de la Memoria de la Junta Consultiva del año 1.960-71 "el estado de derecho debe concebirse en un sentido dinámico, es decir, no como el mero establecimiento y cumplimiento de un marco jurídico sino como impulso vivificador de los procedimientos administrativos, a los cuales infunde su finalidad de servicio a los administrados. Porque a los órganos de la Administración no debe bastarles cumplir la norma; es preciso administrar bien, es necesario acertar, de nada vale un acto o contrato administrativo jurídicamente perfecto si su objeto es inútil o desacertado". Los principios de la buena administración, imposible de definir en un cuadro positivista, aconsejarán al órgano gestor cual es el camino más acertado, dentro de los cauces jurídicos, para la conquista del resultado óptimo. A los administrados contratantes solo indirectamente les preocupará su exacto cumplimiento; más como ciudadanos - que como personas vinculadas contractualmente en un negocio. Entendemos que los principios de buena administración deben ser exigidos por aquellos poderes u órganos a los que incumbe el control de la actividad administrativa; su olvido, en consecuencia solo debe generar responsabilidades para las autoridades y órganos gestores o intervinientes en los contratos pero no debe ser causa de nulidad de los mismos, ya que actúan en otro plano que el Derecho. (50)

El consentimiento contractual público no es un querer, un acto volitivo de la persona natural o jurídica. En realidad la Administración pública no tiene personalidad jurídica ni tiene un querer propio; es solo un conjunto de administradores que utilizando el mandato que la ley les confiere establecen situaciones jurídicas vinculantes con los administrados. Esta misma ley que sirve de apoyo a su labor es la que nos dice el fondo y forma de su aplicación. El administrador público se ciñe a ejecutar e impulsar el aparato previsto para el nacimiento del vínculo.

Estas afirmaciones ratifican una vez más lo que ya hemos dicho en otros apartados. La contratación del Estado es sistema racional, procedimiento objetivo o sea, un óptimo jurídico; por el contrario, la contratación privada es casuismo, voluntarismo, espontaneidad y subjetividad. La contratación del Estado es, ante todo un aparato de normas y principios a que deben sujetarse, en defensa del interés público, las dos partes del contrato; y la contratación privada, cada vez con más correcciones, según se dijo, es todavía un conjunto de normas subsidarias que suplen a la fuerza creadora jurídica de dos voluntades libres pero conjugadas.

B. Objeto o contenido; el precio justo.- El contenido del acta de aprobación consiste en ese cúmulo de derechos y obligaciones económicos recíprocos que esta resolución hace nacer. Penetrando en el contenido de estas obligaciones cabe añadir que éstas pueden consistir, al igual que en el derecho civil, en dar, hacer o no hacer alguna cosa, prestaciones que pueden producirse en ambos sentidos.

Un principio básico aporta el derecho administrativo por lo que se refiere al objeto de los contratos del Estado: la regla de la equivalencia económica o equilibrio objetivo que debe existir entre las prestaciones. Al derecho civil no le preocupa la reciprocidad real de las prestaciones ya que deja al libre arbitrio de la voluntad la modulación del pacto y éste puede establecerse en condiciones más ventajosas o perjudiciales para una de las partes; al derecho privado solo le importa que el vínculo obligacional quede determinado por las partes, sea lícito y posible.

La aportación del derecho administrativo en este punto significa introducir nada menos la idea de justicia distributiva en los binomios cosa-precio, precio-cosa, servicio-precio y precios-servicios en que se esquematizan todos

los movimientos económicos de doble dirección Administra--  
ción-administrados que subyacen en el contrato del Estado,  
patrimoniales, administrativos o públicos.

El primer antecedente histórico del principio de "pre  
cio justo" lo encontramos, nada menos que en el R.D. de --  
Bravo Murillo de 27 de febrero de 1.852, regulación pione-  
ra de los contratos del Estado, en cuya exposición de moti  
vos puede leerse las siguientes palabras: "La Administra--  
ción, al celebrar contratos, no debe proponerse una sórdi-  
da ganancia.... sino averiguar el precio real de las cosas  
y pagar por ellas lo que sea justo"; y más adelante conclu  
ye: "La Administración celebrará sus contratos dentro de -  
los límites que la equidad y justicia prescriben". Otra de  
claración del mismo documento no ayuda a concretar el sen  
tido del precio-justo, al que identifica con el valor real  
que los bienes y servicios apetecidos por la Administración  
tengan en el mercado, razón por la cual aquel precio debe -  
formarse en publicidad y concurrencia, axiomas que serán -  
desde entonces, reglas básicas de las adjudicaciones. El -  
concepto, ha sido recogido por la vigente Ley de Contratos  
del Estado que además de aludir expresamente en el último  
párrafo del artículo 37 al, precio-justo, con motivo de las  
contrataciones directas, sienta de modo general en su artí  
culo 12 que "Los órganos de contratación cuidarán de que -  
el precio de los contratos sea adecuado al mercado". (51)

El propósito legal es crear una correspondencia exac-  
ta entre el precio y los bienes y servicios que han de ser  
adquiridos, esto es, una ecuación real que impida tanto el  
enriquecimiento injusto de la Administración como los con-  
tratos desventajosos. Obsérvese la analogía entre la cate-  
goría de precio-justo en los contratos del Estado y la ca-  
tegoría de justiprecio en los expedientes expropiatorios;  
en ambos casos el pago de la Administración se objetiva -  
buscando la correspondencia unidad monetaria-valor de las  
cosas y dejando al margen las apreciaciones subjetivas --

propias del tráfico privado. La Administración no puede enriquecerse en sus contratos porque ello significaría el establecimiento de un gravámen o ingreso público singularizado, a costa de un particular, con menoscabo del principio de igualdad de cargas de los ciudadanos ante las necesidades públicas; ni empobrecerse, porque ello implicaría un beneficio especial de un administrado a costa del Tesoro y, en definitiva, una mala administración de la cosa pública. El punto de equilibrio es el precio-justo.

El triunfo del precio justo no se produce verdaderamente en el acto de la aprobación sino en la etapa de preparación y de conformación del esquema contractual óptimo. Se dijo entonces que la definición de este esquema constituye una operación intelectual de síntesis que debe realizar la Administración tratando de refundir en el corazón del negocio el interés público, económico y de servicio público, y el interés privado, de forma que ambos se realicen; pero, además, el esquema, aparte su perfección técnica y jurídica, debe respetar los principios de equidad y justicia que deben constituir un norte constante del quehacer administrativo. (52)

Las consecuencias del axioma que se explica se verán en el capítulo siguiente.

C. La causa: el interés público fin del contrato.-- Se recordará que uno de los límites de la autonomía de la voluntad de la Administración es el interés público, o sea, que allá donde termina el interés público termina también la potestad contractual de la Administración. Deseamos insistir ahora en una distinción que es de capital importancia en nuestra institución: la diferencia entre la causa jurídica u objetiva de un contrato del Estado y el fin de ese contrato en bloque.

Esta matización no es extraña ni mucho menos al derecho administrativo ni al derecho civil. En el derecho ad

ministrativo los autores, tras discutir la problemática que suscita el hecho de desplazar esta cuestión tan típica del contrato civil al acto administrativo, distinguen entre la causa inmediata y la mediata de éstos; del mismo modo que en derecho civil se concede distinta trascendencia jurídica a la causa objetiva de la obligación y a los motivos si psicológicos de las partes en la misma. (53)

Por lo que se refiere al contrato del Estado nosotros consideramos muy esclarecedora la distinción entre la causa o porqué de las obligaciones contractuales del Estado; y el fin o para qué de la contracción de las mismas por la Administración.

La causa o porqué tiene carácter inmediato, objetivo, práctico y recíproco; y solo es comprensible en relación con un comportamiento paralelo de la otra parte: la causa de las obligaciones contraídas por el Estado en un contrato de obras es la incorporación del bien construido al servicio público; y para el contratista la obtención de un precio por su trabajo; si se trata de una compra de bienes por la Administración la causa será la adquisición del bien apetecido y para el particular transmitente la obtención de una cantidad de dinero; y así en los cambios patrimoniales que envuelven todos los contratos. En otras palabras, la causa del contrato del Estado tiene una naturaleza y una trascendencia jurídica similar a la que ostenta este requisito en el derecho civil cuyos preceptos deben aplicarse íntegramente en nuestra institución ya que no hay precepto en nuestro derecho administrativo que excluya ni modifique la doctrina privada en este punto. No podía ser de otra forma, la causa es elemento consustancial al contrato pues a través de ella adquiere sentido y lógica el comportamiento de los individuos; los negocios abstractos tienen difícil cabida en nuestro derecho civil y serían imposibles de explicar en el ámbito público pues se echarían abajo axiomas de la máxima relevancia en el derecho administrativo.

La trascendencia jurídica del fin del contrato del Estado es lo típico de nuestra institución y, digamos, - lo que no encuentra explicación posible en el derecho civil que, es bien sabido, relega las motivaciones de los - contratos al mundo de las vivencias personales de las partes sin influencia en el negocio, salvo que se manifiesten expresamente en forma de supuesto o condición del mismo.

Sin embargo, en la esfera de la Administración, el fin, que es el interés público concreto perseguido en la operación (en el contrato de obras de carretera, la necesidad de unas comunicaciones eficaces entre los núcleos urbanos; <sup>en</sup> la compra de un solar para edificar un hospital, - las exigencias de la Sanidad pública; o sea, la necesidad pública que se trata de satisfacer, las metas del servicio público donde se insertarán los bienes o servicios objeto del contrato), tiene un papel de importancia radical en la existencia y vigencia del contrato. Aún cuando <sup>en</sup> la legislación de contratos del Estado no luce un precepto análogo al de la normativa de las Corporaciones locales, donde expresamente se consagra al interés público como causa de - los contratos de estas entidades, expresión no del todo - correcta ya que una cosa es la causa y otra el fin, como se ha visto, es evidente que no cabe concebir un contrato de la Administración desconectado del fin público a la par general y concreto. Algo nos aclara a este respecto el artículo 3 L.C.E. ampliamente comentado más arriba en cuanto define al interés público como límite de la potestad - contractual, afirmación cierta pero no del todo cierta ya que el interés público no solo es el límite sino también el fundamento de la expresada potestad.

El eslabón que une al contrato con el fin público se produce por el puente de las competencias atribuidas al órgano responsable del servicio público y, al mismo - tiempo de la generación y ejecución de aquél, confusión de funciones que es básica en la institución. El fin público opera no como causa de la obligación sino como "conditio - juris" del contrato en bloque, de manera que si aquél se



modifica debe modificarse éste y si aquél desaparece se arruina el contrato por falta de soporte.

Al lado, en suma, de la causa jurídica y objetiva - está el fin público como presupuesto radical de la operación envolviendo al paquete contractual. Las consecuencias jurídicas de la doctrina del fin se verán en el capítulo siguiente pues en ella hunden sus raíces las prerrogativas que, se verá, ejerce la Administración en el seno del contrato.

D. La forma: la documentación escrita del acto. La expresión escrita del acto de aprobación del contrato es otra nota que debe ser destacada frente al sistema espiritualista y verbalista que inspira, salvo señaladas excepciones bien conocidas, al contrato civil y mercantil.

La formalización de los contratos del Estado se lleva a cabo, en todo caso, salvo también algunas excepciones, mediante documento público notarial o administrativo. Consideramos a este respecto como documentos administrativos todos aquellos que, autorizados por el órgano competente, tienen por objeto reconocer la situación jurídica contractual en beneficio del administrado contratante. Se desea aclarar con esto que la formalización de los contratos - del Estado se separan en muchas ocasiones de la estructura documental clásica y se nos aparecen como simples oficios de adjudicación, nombramiento, aprobación, reconocimiento... de la situación jurídica contractual. Una vez más hay que llamar la atención sobre la teoría sistemática del contrato del Estado en la cual éste no nace de un intercambio de voluntades administrador público-administrado privado - sino del aparato normativo y dinámico que activa a la resolución aprobatoria.

La conveniencia de probar los contratos mediante - forma documental está reconocida por el derecho civil moderno que se va apartando de este punto del legado histórico, conforme al cual el alma del compromiso se centraba

en el mutuo consentimiento con menosprecio de las formalidades. Esta evolución se justifica en las necesidades de la seguridad jurídica individual. Si esto sucede en el derecho civil, se comprenderá mejor la tesis de la institución que estudiamos donde al lado de los intereses privados fluyen los intereses públicos dignos de la máxima protección. La forma que sirve de vestidura al acto de aprobación tiene ordinariamente naturaleza "ad probationem", es decir, su función es proporcionar un medio de prueba del negocio celebrado, razón por la cual, su defecto o ausencia no acarrea en nuestro derecho administrativo la nulidad del propio contrato, si su existencia se puede acreditar a través de otras resoluciones o trámites que luzcan en el expediente. Quiere decirse que la forma escrita del acto no es requisito sustancial y que la falta de la misma no provoca la anulabilidad del contrato -- puesto que éste encuentra en el procedimiento de generación el cauce sustancial, siguiendo la doctrina que inspira al párrafo segundo del art. 48 L.P.A. La forma esencial en el ámbito de nuestra institución la simboliza el procedimiento de generación . (54)

La forma escrita del acto de aprobación debe estimarse en fin, requisito muy acertado de nuestra institución por -- cuanto elimina la contratación verbal de las autoridades públicas, es acorde con los principios de publicidad y transparencia de las operaciones administrativas, y con el estilo sistemático y procedimental que la institución que nos ocupa tiene en nuestro país

Conviene añadir que la resolución escrita lleva de la mano a otra nota típica del acto de aprobación: su motivación. La expresión o exteriorización del acto contractual debe contener, o fijar los caminos para conocerlos, los fundamentos del contrato. Nada más ajeno al mundo de los contratos del Estado que el negocio inexplicable en cualquiera de sus aspectos.

3. Efectos del acto de aprobación..- El efecto básico del acto de aprobación, es bien sabido, consiste en la constitución de una situación jurídica Administración-administrado cuyo contenido está integrado por un entramado de derechos y obligaciones recíprocas. Esta situación convierte al candidato seleccionado en la posición de administrado-contratante y a la Administración en la de sujeto pasivo frente al particular. Tal vez este último dato, la posición de sujeto obligado que acepta la Administración sea lo más significativo, habida cuenta que su papel dominante ante los particulares es el de sujeto activo o acreedor. Nos referimos a la figura del Estado-deudor cuyas peculiaridades se examinarán con detalle en el capítulo siguiente.

El efecto general o común del contrato del Estado consiste pues, en el nacimiento del vínculo obligatorio, de la "lex contractus", que había sido conformada por la Administración en el esquema óptimo aceptado por el particular.

Nos interesa destacar los aspectos más genuinos que tiene este capítulo de los efectos de la institución que estudiamos:

A. Fuerza obligatoria del contrato del Estado..- En el artículo 3 L.C.E. tantas veces citado en atención a su carácter fundamental, se contiene un inciso de la máxima relevancia. Al hablar de la facultad contractual de la Administración incorpora la expresión de que ésta "deberá cumplirlos a tenor de los mismos". Con estas palabras se cimenta con el rango de ley lo esencial de la institución que nos ocupa.

Si el derecho administrativo vigente no contuviese esta declaración, que no contenía el derecho histórico, ello no significaría de ningún modo que la Administración quedara exonerada de cumplir sus contratos pues ésto es obvio en el "fondo jurídico común." El precepto de la L.C.E. no es, sin embargo, ocioso puesto que aparte de fijar los límites de

la voluntad contractual administrativa resultaba aconsejable la consagración del contrato como fuente de obligaciones administrativas, en atención a que nuestro derecho administrativo absorbía la institución y la remodelaba bajo premisas muy diferentes a las dibujadas por el Código civil. En el fondo - no es el contrato, sino la ley, la verdadera y única fuente - de las obligaciones económicas del Estado; lo que el artículo 4 quiere refrendar es que el vínculo contractual, tal como debe hacerse por la Administración, origina un cuadro de obligaciones específicas que deben ser respetadas en sus propios - términos por la Administración.

Por otra parte el inciso que se comenta tiene una trascendencia jurídica notable en el vínculo contractual. Cuando el artículo 3 advierte que la Administración deberá cumplir sus contratos " a tenor de los mismos" se está definiendo - los límites exactos de la obligación contractual. La Administración debe actuar sujeto a derecho en la generación y perfeccionamiento del contrato; ahora bien si en estas actuaciones se produce una conculcación del ordenamiento jurídico, - aunque ello signifique nulidad del compromiso, aquella está obligada a respetarlo en sus propios términos hasta tanto que consiga su anulación por la vía jurisdiccional pertinente. - Esto es, que la Administración pública no puede ampararse en la ilegalidad del contrato o de alguna de sus cláusulas, ordinariamente imputable a los órganos de la Administración, - para incumplir el texto del contrato.

B. Compromiso financiero del Estado.- Como se recordará, en la fase de preparación del esquema contractual óptimo se incluye la actuación que calificábamos de dotación financiera del contrato. Todo contrato del Estado, antes de nacer, debe incorporar su propio fondo de solvencia presupuestaria, al objeto de defender al Tesoro público contra todo convenio cuyas secuelas económicas desborden las posibilidades presupuestarias. (55)

El acto de aprobación se identifica con el compromiso de gastos y cuya virtud no se reserva como sucede con la dota

ción , sino que se aplican créditos presupuestarios para responder de las obligaciones de pago que para el Estado pueda originar el contrato. Tanto la legislación de contratos como la legislación de Presupuestos regulan cuidadosamente los actos de compromiso y reconocimiento de obligaciones por cuenta del Estado.

El compromiso de gastos que incluye la perfección del contrato de pasivo constituye un acto de ejecución del presupuesto y en este sentido implica una congelación de fondos públicos que quedan indisponibles para otras atenciones al objeto de ir atendiendo las obligaciones de pago que se derivan de este contrato en el futuro; nos referimos naturalmente a la figura de los contratos de tracto sucesivo o administrativos ya que en los patrimoniales el pago y la consumación suele tener carácter instantáneo.

La responsabilidad por deudas del Estado no tiene carácter universal en el sentido que lo enuncia el artículo 1.911 del C.C.; tampoco es limitada propiamente dicha. Lo que ocurre es que, según normativa presupuestaria en otro lugar comentada, la solvencia previa condiciona a la capacidad de obrar administrativa de manera que el ente público no puede contraer obligaciones sin tener disponibles los créditos necesarios para satisfacerlas.

Las secuelas de cuanto se expone se verán en el capítulo siguiente. Nos interesa ahora poner aquí de relieve solamente la posición deudora en la que se coloca el Tesoro público, que es una de las vertientes más sugestivas de nuestra institución, en los contratos de pasivo, ordinariamente administrativos. (56)

C. Irrevocabilidad del acto.- El acto de aprobación y la situación jurídica que genera no debe, en principio, modificarse por la Administración, ni aún siquiera con la voluntad del administrado contratante, sin sujetarse a las mismas reglas y formas que presidieron la perfección del contrato.

Esta regla general, que tiene por supuesto excepción,

encuentra su asiento en tres soportes jurídicos:

- El axioma general de la irrevocabilidad de los actos administrativos declarativos de Derecho, en los términos establecidos en los artículos 109 y 110 L.P.A.

- El principio de la fuerza obligatoria de los contratos del Estado para la Administración más arriba estudiado y que sienta el artículo 3 L.C.E.

- La regla general del derecho civil que establece la "lex contractus" como inderogable por la voluntad de una sola de las partes (artículos 1.091, 1.256 y 1.258 C.c.).

- La revocación del contrato con el consenso de la otra parte contratante significa realizar un nuevo contrato, razón por la cual se deberá atener a similares actuaciones, salvo que otra cosa disponga el derecho administrativo.

El axioma de la irrevocabilidad tiene sin embargo excepciones muy relevantes en el contrato del Estado, cuyo estudio se realiza en el capítulo siguiente, hasta el punto que la -movilidad del vínculo obligatorio es uno de los datos que se han barajado tradicionalmente para calificar a los contratos del Estado y particularmente a los contratos administrativos y a muchos de los que hemos incluido en el epígrafe de públicos.

El artículo 3 L.C.E. después de consagrar la obligatoriedad de los contratos del Estado añade el inciso de que esto se entiende sin perjuicio de las "prerrogativas establecidas en su caso, en favor de aquélla" (la Administración).

Las prerrogativas administrativas, se acaba de decir, no actúan por igual en todos los tipos de contratos del Estado y esta es la razón de que el precepto nos hable de "en su caso". En los contratos sujetos al derecho privado la Administración solo tiene los derechos que a las partes otorga el Código civil. Por ello entendemos que en la esfera privada el ente público solo puede modificarlo, o, mejor dicho, liberarse del vínculo utilizando el instrumento de la expropiación forzosa

de los derechos de la otra parte contratante, situación jurí  
dica bien diferente a la que provoca el ejercicio de las pre  
rrogativas en el marco del contrato administrativo.

## CAPITULO V

### NOTAS

(1) FORTI, Attome procedimiento amministrativo, (citado por GARRIDO, pag. 517. "La existencia de esta doble causa ha sido utilizada por algún autor, como FORTI, para montar la distinción entre el acto administrativo y el acto-procedimiento, siendo este último la consecuencia pura y simple de la necesidad en que la Administración se encuentra de utilizar sus órganos internos en el proceso de formación de su voluntad." Por otra parte en la exposición de motivos de la LPA, puede leerse: "El procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin. Sin embargo, no toda la actividad que se desarrolla en el procedimiento se encuentra en un mismo plano. La actuación administrativa se descompone en actos de naturaleza distinta según la función que los mismo vienen a cumplir en el procedimiento."

(2) Sobre los temas de procedimiento de generación de los contratos cabe citar: ALBI, obras citadas; BOQUERO OLIVER, La selección de contratistas, Madrid 1963; GARCIA DE ENTERRIA, Dos regulaciones orgánicas...; GARCIA TREVIJANO, Contratos y actos... RAP. 28; GONZALEZ PERENGUEZ, La contratación administrativa, obra citada; GONZALEZ NAVARRO, Procedimientos especiales; GONZALEZ PEREZ, Derecho procesal administrativo, Madrid 1955. SENAC LISSON, La contratación administrativa, Editora Naval, 1973. Madrid.

(3) Vid. artículos 270 y sigs. Código Civil.

(4) Así lo considera nuestro propio Derecho positivo. Vid. Decreto de 10 de Octubre de 1958, art. 1 núm 2, considera procedimiento administrativo especial, "los relativos a la contratación administrativa".

(5) Debemos citar el art. 10 RCE, que dice: "Son reglas generales sobre preparación, competencia y adjudicación aplicables a todos los contratos del Estado, salvo que sus normas administrativas especiales dispongan lo contrario, -- las siguientes: 1. La necesidad de consignación presupuestaria previa, si el contrato origina gastos para el Estado. -- 2. La competencia general para celebrarlo de los Jefes de -- los Departamentos o Autoridad en quien se delegue o desconcentre la función. 3. La preparación mediante expediente, -- donde constarán las cláusulas administrativas, y técnicas -- del contrato a celebrar y la aprobación del gasto, en su caso. 4. La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos; 5. La adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que esto no sea posible p conveniente a los intereses públicos y 6. La formalización del contrato en documento notarial o administrativo."



"El contenido de este artículo debe calificarse de --- muy importante pues enumera nada menos, que las reglas generales aplicables a todos los contratos del Estado, esto es, administrativos típicos o administrativos especiales y privados, salvo que "sus normas administrativas especiales dispongan lo contrario". Si se tiene en cuenta que estas normas administrativas especiales tienen en la práctica muy escasa relevancia, pues la mayoría de las veces consisten en disposiciones incompletas y de rango ministerial, salvo algunas excepciones, la fuerza expansiva de las reglas generales que marca el artículo 10 se amplía y sin limitaciones."

(6) VILLAR ARIÑO, Lecciones..., obra citada, pag. 72.

(7) GONZALEZ PEREZ, obra citada, pag. 46, plantea el interesante problema de la distinción terminológica entre -- procedimiento y proceso: "Son bastantes los autores --algunos procesalistas eminentes-- que usan los términos proceso y procedimiento como sinónimos. Pero es entre los administrativistas donde se encuentra más generalizado el uso indistinto de ambos términos; para ellos, si bien se explica históricamente la limitación del concepto de proceso a la función jurisdiccional, desde el punto de vista jurídico-teórico es insostenible esta reducción porque el proceso, por su propia naturaleza, puede darse en todas las funciones estatales. La posición de estos autores no resiste la más débil crítica, ya que al no tomar en consideración la diferenciación entre proceso y procedimiento, parten de la identificación de ambas -- instituciones, lo que equivale a ignorar el problema, a eludirlo, a hacer supuesto lo que es cuestión."

(8) Con esta afirmación manifestamos nuestra discrepancia con la inspiración del sistema de contratación denominado "flexible" Vid. capítulo I, que permite una cómoda derogación de las reglas generales del procedimiento por mera decisión del órgano gestor; opinamos de contrario que incluso las excepciones a la regla general deben estar reguladas.

(9) Esta búsqueda en solitario de "lo justo contractual" que realiza la Administración, típica actuación del -- contrato del Estado, rompe con el mecanismo consensual privado basado en el diálogo y también con esa triple faceta de -- manifestación de la autonomía de la voluntad (autodeterminación, autoregulación y autoobligación) de que nos hablaba HERNANDEZ GIL.

(10) BOQUERA, La selección..., pag. 23, "La obligación legal impuesta a la Administración de seleccionar a los contratistas para determinados contratos mediante subasta, concurso o concurso-subasta tiene la consecuencia evidente de -- que estas relaciones contractuales sean mucho más rígidas que las que se conciertan libremente... El interés público y la garantía de los derechos de los administrados imponen la exigencia de seleccionar a los contratistas de la Administración mediante procedimientos especiales, y éstos, a su vez, deter

minan la existencia, para los contratos celebrados por la Administración con aquellos contratistas, de un régimen jurídico especial, exorbitante del Derecho común."

(11) Con carácter general Vid. la trascendencia jurídica del procedimiento en los actos administrativos, en los artículos 48 y sigs. LPA. AURIOL, Derecho administrativo, pag. 507 (citado por BOQUERA): " En Derecho público, por el contrario, las formas son garantías automáticas imaginadas por la Ley para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, impidiendo las decisiones poco meditadas, - apresuradas, insuficientemente estudiadas. Los funcionarios públicos no tienen, para contrarrestar su negligencia o su imprudencia, la preocupación de su interés personal o de su responsabilidad personal. Es preciso, pues, proteger -- automáticamente, mediante formalidades, los intereses generales de la colectividad, y al mismo tiempo, los intereses particulares de los individuos afectados por las resoluciones de los agentes públicos."

(12) MONEDERO, Estrategia contractual..., "Con frecuencia se deposita el entusiasmo en las grandes programaciones de este tipo y se olvida que los ambiciosos fines -- que llevan en su seno pueden quedar reducidos, incluso, anulados, por una defectuosa ejecución de las mismas. El factor del desarrollo no está en proporción a los resultados efectivos, que se conquistan mediante cada decisión administrativa, por cada "unidad de inversión", y en el beneficio real que una a una aportan al haber nacional. El capital es sólo uno de los instrumentos que coadyuvan al desarrollo; el verdadero eje es la eficaz gestión del mismo."

(13) Vid. a este respecto artículos 64 (sobre depuración de la situación física y jurídica de los bienes a enajenar por el Estado) y 65 (no podrán venderse bienes que se hallaren en litigio) de la LPE, pues son ejemplos de esta etapa de fijación técnico-económica del objeto del contrato.

(14) Vid. el artículo 11 LCE, referente a los contratos administrativos, pero cuya doctrina debe generalizarse a toda la institución: "El objeto de los contratos deberá ser determinado, y su necesidad para los fines de servicio público correspondiente se justificará en el expediente -- de contratación, que también incluirá el presupuesto del -- gasto".

(15) Sobre elaboración del esquema contractual o "proyecto de contrato" deben citarse: el art. 10 núm. 3 RCE, -- completado por los artículos 11 y 12; el primero referido a los contratos administrativos y el segundo a los de Derecho privado.

Respecto a la elaboración del esquema de contratos administrativos, la doctrina del art. 11 debe enlazarse con el art. 7 del mismo cuerpo legal que es el que se ocupa de definir a los contratos administrativos especiales. Se recordará que este precepto se ocupa de la regulación de estos contratos, diciendo que "se regirán en cuanto a su preparación, competencia, adjudicación, efectos y extinciones, por sus normas especiales; en su defecto, y por analogía, por las disposiciones de la presente legislación relativa a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros ...". Pues bien el artículo 11 indica a los Organos de contratación que deben hacer cuando deban celebrar un contrato que merezca el carácter de administrativo si el mismo no está legalmente tipificado."

Se recordará que el carácter administrativo puede surgir de una declaración expresa de la Ley, de una directa vinculación al desenvolvimiento regular de un Servicio público o de revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato. Sucede que estos últimos conceptos pueden presentarse con cierta ambigüedad en el tráfico administrativo y es indispensable que la opinión que se haya formado el Organismo sobre el negocio sea previamente conocida por los particulares interesados. Los administrados colaboradores deben conocer a través de los Pliegos de cláusulas que naturaleza tiene el contrato y, por ende, su régimen jurídico y las potestades o prerrogativas que la Administración llegado el caso podrá ejercitar.

Esta es la razón por la cual el artículo 11 establece que en los contratos administrativos especiales "deberá el órgano de contratación incluir en el mismo las cláusulas -- pertinentes declaratorias de aquel carácter y de las prerrogativas administrativas". El cumplimiento de este requisito que viene a normativizar prácticas administrativas muy antiguas, manifestadas en la inclusión sistemática en los Pliegos de determinadas cláusulas de estilo calificadoras del contrato, despejará toda duda sobre el régimen contractual.

Cabe preguntarse a que régimen debe someterse un contrato del Estado, hipotéticamente administrativo, pero en el cual no se incluyó la oportuna cláusula que así lo declarase. En ocasiones la Administración olvida incluir estas cláusulas en los Pliegos pero del contexto general del documento y de las disposiciones que en el mismo se citan se suele deducir sin duda el carácter del contrato; en estos supuestos entendemos que la interpretación directa del texto y sus normas complementarias servirán a las partes para definir su carácter. Si, por el contrario, ni la letra del Pliego o sus disposiciones antecedentes o complementarias permite la racional conclusión en favor del carácter administrativo opinamos que el vínculo contractual debe quedar sujeto al derecho privado. En el mismo sentido rechazamos --

una calificación a posteriori del negocio como argumento para el ejercicio de potestades y prerrogativas que no fueran objeto de reserva contractual. Lo expuesto parece deducirse de la doctrina contenida en el núm. 3 del artículo 8 y del carácter exorbitante, frente al contrato civil, que continúa inspirando nuestra legislación cuando contempla la figura del contrato administrativo.

El artículo 11 que se comenta trata de precisar, en su segundo párrafo, tres aspectos peculiares del contrato administrativo:

- El afianzamiento de las obligaciones del particular contrahante. Las fianzas y garantías constituyen un negocio accesorio que acompaña habitualmente al contrato administrativo principal para apoyar su estricto cumplimiento.

- Las prerrogativas de la Administración. El ejercicio de determinadas potestades regladas en orden a la interpretación, modificación y resolución del contrato son imprescindibles para asegurar que la dinámica de la prestación contractual se adaptará a las conveniencias del interés público que por ser la causa suprema del contrato debe estar presente durante toda la vida del mismo.

- La competencia de la jurisdicción Contencioso-administrativa. En cuanto al contrato administrativo nace de un acto sujeto a este derecho, directa y supletoriamente, el conocimiento de las controversias debe ser apartado de la jurisdicción ordinaria civil y atribuido a la vía contencioso-administrativa especializada en estas materias.

Aún cuando el artículo 11 no sea explícito en este punto debe entenderse que el contenido de las cláusulas precisadas deberá adaptarse a la normativa de la legislación de contratos del Estado, aplicándola por analogía; esto es, extrayendo de la preceptiva del contrato de obras, de servicios o suministros las soluciones más idóneas para el contrato administrativo especial.

(16) Elaboración de proyectos de contratos privados -- art. 12. Regula este precepto el comportamiento de la Administración al tiempo de la preparación y celebración de los contratos privados regulados en el artículo 8. Las cláusulas -- que incluyan los pliegos rectores de estos contratos deberán sujetarse al derecho civil ó mercantil y esta base privatística excluye, en principio, la reserva de prerrogativas exorbitantes de la Administración contrarias a los ordenamientos citados.

Ahora bien la defensa del interés público o de "los fines administrativos a que sirve el contrato", como dice más modestamente el precepto que se comenta, dando a entender -- que no está en juego inmediato un interés público concreto -- en el resultado del negocio, o que opera de modo mediano, o que habiéndolo es aconsejable utilizar la normativa privatista, no puede ser en estas operaciones olvidado. Por mas que

se hable que en los contratos privados la Administración - acepta un plano de igualdad con el particular contratante - ello no significa que el interés público deba ser sacrificado a las exigencias liberales e igualatorias del contrato civil.

Esta es la razón por la cual el artículo 12 llama la atención al Organo de la Administración para que incluya - en los Pliegos o proponga a la otra parte, en su caso, las cláusulas más convenientes a los fines administrativos "Las cuales tendrán a los efectos que determine el Derecho civil o Mercantil". Dentro del amplísimo juego que permite - a la voluntad del Derecho privado el Organo de contratación deberá formular aquellas estipulaciones más idóneas a los fines perseguidos. Resulta aconsejable, en la mayoría de - los casos que la Administración se reserve la facultad de denunciar o resolver el contrato no sólo por incumplimiento de la otra parte contratante sino cuando ocurran determinados eventos o circunstancias, de previsible influencia en el fin público inmerso en la operación, que hagan aconsejable o inoportuno el contrato celebrado. De todas - las prerrogativas administrativas en los contratos de este carácter la más importante de transplantar a la esfera civil es aquella que permite a la Administración suspender o resolver los contratos en vías de ejecución cuando influyen negativamente en el interés o el servicio público. La construcción de una cláusula que ampare esta facultad en el campo civil requiere perfilarla con cuidado para no incurrir en la prohibición establecida en el art. 1256, conforme al cual "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Para evitar esta prohibición la cláusula privada defensora del interés público deberá tener alcance bilateral y unos efectos indemnizadores regulados en el propio contrato."

(17) Vid. art. 15 LCE,

(18) Esta declaración puede calificarse, sin ambages de esencial. Se comentará ampliamente en otro lugar. La - "lex contractus" no puede ser infringida por la Administración so pretexto de advertir a posteriori una ilegalidad - en el contrato celebrado, que debe cumplirse en estos términos hasta tanto se judicialmente revocado, salvo los casos de nulidad de pleno derecho.

(19) Vid, lo dicho más arriba como comentario al art. 12 RCE.

(20) Aún cuando este tema es un "lex motif" en todo - el estudio, por su influencia global en el mismo, no está de más comentar el núm. 1 del art. 7 RCE, que, con carácter general para todos los contratos del Estado, se refiere a la necesidad de consignación presupuestaria previa. - Vid. a este respecto RODRIGUEZ BEREIJO, El Presupuesto del

Estado, Madrid 1970.

(21) Vid. artículos 20 y 21 RCE.

(22) Aprobación del esquema puede estar atribuida al - nivel ministerial (art. 14 LCE) o a nivel de Gobierno (art.- 107, proyecto Ley General Presupuestaria, con referencia a - las condiciones de emisión de la Deuda Pública) o a nivel de Cortes (art. 14 LFC, respecto a la ordenación de la función pública).

(23) BOQUERA, La selección..., pag. 55.

(24) RAQUEJO ALONSO, Administración económica militar, Madrid 1969, pag. 99 "En el expediente para la satisfacción de necesidades materiales de la Administración, o sea en los de contratación, no hay más intereses que el de ésta, que -- ejerce su misión mediante actos unilaterales y ejecutorios, -- aunque se garantiza la ayuda del particular proveedor o contratista a ese interés...". y en otro lugar pag. 165 "Tanto -- los Pliegos de condiciones legales como el de técnicas representan la voluntad del servicio sobre lo que desea adquirir, construir o realizar".

(25) La convocatoria pública de los interesados potenciales en el contrato está consagrada por el citado art. 10 núm. 5 RCE, con el carácter de regla o principio básico del sistema.

(26) Vid. Informe JCCA de 19/70, de 8 de Junio, núm. 56 Memoria 1960-1971: "El anuncio de la licitación de obras del Estado, a que se refiere el art. 29 de la Ley de Contratos - del Estado, y la publicación de la adjudicación, que preceptúa el art. 38 del propio texto legal, constituyen dos manifestaciones del principio de publicidad que inspira el sistema contractual español, si bien tienen un alcance administrativo diferente. El anuncio de la licitación busca una convocatoria de empresas en orden a la adjudicación de un contrato; su finalidad es brindar una igualdad de oportunidades a las empresas aptas para acudir a la licitación y formar y -- precio contractual en competencia de mercado. Por el contrario, la publicación de la adjudicación es un acto informativo que la Ley impone al órgano que adjudicó el contrato y que implica una apertura más a la fiscalización del acto administrativo de adjudicación por la vía de su difusión general y el conocimiento particular de los interesados directos. Por este motivo, el párrafo último del art. 119 del Reglamento - General de Contratación preceptúa que para los licitadores - interesados en el procedimiento, no adjudicatarios, hará las veces de notificación la publicación en el Boletín Oficial - del Estado. No así para el adjudicatario del contrato, pues el propio artículo 119 del Reglamento establece que la resolución será notificada en todos los casos directamente al -- mismo.

La publicación de la adjudicación es, pues, ambivalente: significa actuación obligatoria impuesta al órgano de con--

tratación para facilitar la fiscalización de la actividad contractual del Estado, pero también es un acto administrativo de notificación de la adjudicación a los licitadores no adjudicatarios, para que puedan interponer los recursos e impugnaciones que, en su caso, procedan."

(27) VILLAR ARIÑO, Obra citada, pag. 102, : "La publicidad de los contratos de la Administración es regla esencial del sistema. Y viene exigida, tanto en interés de los ciudadanos, que pueden lucrarse licitamente de los mismos (principio de igualdad ante los beneficios públicos), como en interés de la propia Administración, que hace posible -- mediante los anuncios de la licitación la concurrencia de las subastas o concursos de varios solicitantes, con el beneficio económico que supone para la Administración el poder elegir entre varios." Vid. también SENAC LISSON, Andrés, La contratación administrativa, Editora Naval, 1973: "La contratación administrativa debe mantener el principio de "economicidad": provecho máximo con mínimo daño. Este principio conviene por igual a las empresas privadas y a la Administración pública, si bien, referido al Estado, significa lograr el mayor grado de eficacia y de ahorro en la obtención de una prestación pública. Para ello, los contratos del Estado deben celebrarse, salvo las excepciones que la Ley establece, bajo los principios de publicidad y concurrencia: publicidad en la convocatoria, para que el propósito de la Administración pueda llegar a conocimiento de todos los empresarios a quienes pudiera interesar la presentación de ofertas, y publicidad también del acto de -- apertura de las proposiciones y de la adjudicación del contrato, por aplicación del principio general de publicidad del presupuesto, que exige la realización en público de -- las diversas fases de su ejecución para conocimiento general de la utilización de los recursos y de la marcha de la administración financiera."

(28) RAQUEJO ALONSO, Administración económica militar, Madrid 1969: "Mediante esta modalidad, denominada anteriormente "gestión directa", y también "concerto directo", la Administración adjudica el contrato sin sujetarse a las formalidades y plazos de la subasta, concurso-subasta y concurso, e incluso prescindiendo de la publicidad del -- acto; pero, siempre que sea posible, se respetará la concurrencia aunque sea en forma privada y número reducido... "La contratación directa no quiere decir como equivocadamente creen algunos, que el contrato puede adjudicarse -- con plena libertad de acción y de decisión por el Servicio contratante, sino que ha de instruirse el correspondiente expediente al que alude el precepto últimamente citado, y requiere un procedimiento donde queden protegidos con un mínimo de garantías, los intereses del Servicio y de los comerciantes e industriales invitados a la celebración del acto."

(29) Vid. BRUTAU, obra citada, pag. 206.

(30) Conclusiones análogas se klegan en el caso de --  
venta en publica subasta de bienes patrimoniales. Vid. art.  
132 y 133 RPE: La Administradión no tiene una obligación au  
tomática de evitar la orden de adjudicación.

(31) BOQUERA, obra citada, pag. 30 y sigs.

(32) ¿Cuales son las críticas más frecuentes dirigi--  
das a los modos públicos de adjudicar los contratos?. Nos -  
contesta ANDRE FLAMME, Los contratos ... RAP, 2k pag. 66, di  
ce : 1. u inferioridad derivana de la imposibilidad de ele  
gir libremente entre los concurrentes, cuando es unanimemen  
te admitido que el elemento "precio" no es siempre el único  
a tomar en consideración, y que, al lado de éste, hay otros  
criterios muy frecuentemente olvidados, tales como la apti  
tud o la experiencia de los empresarios, su probidad comer  
cial, sus medios técnicos y financieros, su fidelidad a los  
compromisos contraídos, etc.; 2. Su mecanismo sería respon  
sable de las coaliciones de empresarios y debería en todo ca  
so ser censurado en los periodos en que la masa de obras a -  
ejecutar en el pais excede de las posibilidades de los empre  
sarios; en esta hipotesis, escribe el profesor WALINE, la con  
dición ~~pública~~ <sup>pública</sup> ~~ya~~ <sup>ya</sup> no existen, y la conservación  
de la adjudicación pública aboca casi inevitablemente en los  
conciertos previos entre empresarios que se reparten los con  
tratos; 3. La adjudicación pública pierde su interés en pe  
riodos de tasación general de los precios de los materiales  
y salarios y de limitación de los beneficios; 4. Obstaculi  
za una organización racional de la industria de la construc  
ción; obliga en efecto, a las empresas a dispersar sus es--  
fuerzos y a multiplicar sus estudios de anteproyectos, pro  
vocando así el aumento de sus gastos generales; se opone a  
la cooperación de los arquitectos y de los empresarios, la  
cual, para ser verdaderamente eficaz ~~de~~ debe comen<sup>z</sup>ar desde  
el estudio de los proyectos y 5. El modo de otorgar los --  
contratos por vía de adjudicación es muy lento, y de esta -  
manera perjudicial, tanto a los intereses de los adjudicatar  
ios como a los de la Administración."

(33) Vid. La opinión sobre el tema de GARCIA DE ENTE-  
RRIA, Dos regulaciones orgánicas ... ANDRE ELAMME, más arri  
ba citado, indica que los acuerdos directos son siempre --  
"criticables y sospechosos", razón por la cual "un compro  
miso se imponía, pues, entre estas dos tendencias, difícil  
mente congeniabbes, y la solución fué encontrada, ora en la  
supresión del automatismo tradicional, ora en el arreglo --  
del procedimiento de adjudicación y principalmente de su re  
gla más característica, la llamada a la concurrencia..." así  
surge "la practica de la adjudicación restringida que permite  
no admitir más que las ofertas que emanen de personas reco  
nocidas capaces por la Administración."



(34) MENDOZA OLIVAN, La revisión del régimen jurídico de los Contratos del Estado, explica las razones que abundaron a favor de la modificación y perfeccionamiento de las formas de adjudicación que llevó a cabo la Ley de 17 de Marzo de 1.973

(35) Informe JCCA núm. 49, Memoria 1969-71: "Tanto el capítulo 5º de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de Julio de 1911, recientemente derogado, como la vigente - Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 admiten la contratación directa de las obras, pero en ambos Ordenamientos se da entrada a esta forma de adjudicación bajo un prima de excepción, La contratación del Estado se asienta en los principios de publicidad y concurrencia, representados por la subasta y el concurso, que son la garantía más firme de una escrupulosa gestión y de una certada inversión del - gasto público. Por este motivo, el contrato directo, que implica una selección discrecional del contratista a través - de un procedimiento administrativo carente de publicidad, se ha estimado siempre poco aconsejable, no sólo para la Administración financiera sino también para los contratistas. Para la Administración financiera, en virtud de las razones - expuestas, debe ser tema de constante preocupación someter a una disciplina formal la inversión pública, que en su mayor parte se traduce en la ejecución de obras o la prestación de suministros al Estado; para los contratistas, porque les niega el derecho general a optar a las obras del Estado y puede dar paso a favoritismos injustificados en favor de empresas determinadas."

(36) Una búsqueda de posiciones eclécticas la representa la Ley de 17 de Marzo de 1973. En su exposición de motivos dice: "Se ha tratado de evitar en todo lo posible el automatismo en las adjudicaciones de los contratos y de dar un mayor énfasis a la selección de la empresa adecuada para el objeto de cada contrato. Consecuentemente, se ha limitado el campo de aplicación de la subasta, se estimula el concurso-subasta como forma general de adjudicación, se definen los supuestos en que es preceptivo el concurso, si bien en su modalidad tradicional, bien con arreglo al nuevo procedimiento de concurso restringido, y, finalmente, se concretan los casos en que procede la contratación directa." Vid. también un importante documento: recomendación núm 1/1972, - de 20 de Marzo dirigida por la JCCA a los órganos de contratación sobre la adecuada utilización de las formas de adju-dicación, pues contiene unas acertadas consideraciones en - este campo.

(37) Sobre este tema ver recomendación núm. 2/1973 de 12 de Diciembre de la JCCA, Sobre criterios objetivos a utilizar para la admisión previa en los concursos-subasta. (Se refiere al contrato de obras pero su enseñanza es útil en - general).

(38) Este modelo de adjudicación es el recomendado -- por el Banco Mundial a los países miembros cuando se trata de la adjudicación de contratos de obras y suministros.

(39) Cita tomada de SANTOS BRIZ, obra citada, pag. 142 y sigs. que dedica a un amplio estudio a la sumisión o remisión a condiciones generales, situación similar a la que -- aquí se estudia.

(40) Conviene tener presente aquí lo dicho en el capítulo anterior sobre el carácter unilateral del acto-contratual.

(41) BOQUERA, obra citada, pag. 120 y sigs., aún cuando trata el tema ciñendolo a la figura del contrato administrativo.

(42) Obsérvese que según nuestra opinión la responsabilidad de la Administración tiene carácter "extracontratual." Se produce una situación análoga a la que contempla la doctrina civilista en los supuestos de oferta al público o de la pública promesa: el que realiza este acto está obligado a responder de los daños causados a terceros de buena fe como secuela de la anulación unilateral de aquéllas. Vid. CASTAN, obra citada, en el epígrafe dedicado a este tema.

(43) FERNANDEZ DE VELASCO, obra citada, pag. 145 y ss. Se plantea el tema de si los contratos administrativos se perfeccionan en el momento de la presentación del Pliego -- por el postor, la declaración de mejor postor, la aprobación dictada por el superior o en el momento de la escritura pública.

(44) SENAC LISSON, La contratación administrativa. Vid. pag. 137 y sigs. con referencia al contrato de obras.

(45) VILLAR ARIÑO, Lecciones, pag. 91.

(46) BOQUERA, obra citada, pag. 151 y sigs.

(47) GARRIDO FALLA, obra citada, pag. 453 y sigs. dedicadas al estudio de la clasificación, meros actos administrativos y actos negocios jurídicos. El autor parte del concepto de negocio jurídico expuesto por BETTI, en su Teoría general del negocio jurídico, y transplanta el teorema a -- las relaciones Administración-administrado.

(48) En otros apartados de este estudio se dedica a la atención que merece la problemática de los vicios del consentimiento del sujeto físico que encarna el órgano de la Administración autor del acto.

(49) Vid. LPA.

(50) Los principios de buena administración tienen el rango de concepto indeterminado, semejante al de "buen padre de familia" o un "honrado comerciante" que utilizan -- nuestras leyes privadas. Estos principios deben deducirse de las líneas maestras que inspiran a nuestro ordenamiento administrativo pero también deben barajarse conceptos -- técnicos, económicos y oportunistas al margen del precepto

positivo y más encajados en la ciencia de la Administración. Resulta interesante citar , a este respecto citar - el informe de la JCCA 1/1972, de 26 de Enero, Memoria de 1972: Función de los principios de buena administración - en el ordenamiento administrativo. "La cuestión fundamental que plantea el presente expediente, vista a través de un prisma genérico, es la de tratar de armonizar las necesidades de un servicio público con los requisitos de los procedimientos que le sirven de cauce o, lo que es lo mismo, con las exigencias del ordenamiento jurídico promulgado, La suficiencia y perfección, que debe atribuirse siempre al ordenamiento jurídico vigente obliga a rechazar a priori el axioma de que la ejecución de un servicio público puede llegar a requerir en ocasiones infracciones legales para culminar una tarea. Los órganos de gestión de los servicios públicos deben sujetar su actividad al derecho y completar éste con medidas hábiles de buena administración, al tiempo de la realización de sus fines competenciales, cuando se produzca esa aparente contradicción entre la ejecución de éstos y el ordenamiento jurídico general."

(51) El último párrafo del art. 37 de la Ley de -- Contratos del Estado dice lo siguiente: "Excepto en los -- supuestos de los apartados 1 y 5 de este artículo, el órgano de contratación deberá consultar, antes de realizar la adjudicación, al menos a tres Empresas, si ello es posible, capacitadas para la ejecución de las obras y fijar con la seleccionada el precio justo del contrato, dejando constancia de todo ello en el expediente". Ahora bien, como el artículo 12 prevé la adecuación del precio de los -- contratos al mercado, ello significa que la noción del -- precio justo se traduce en una concordancia entre aquél y el punto de confluencia de la oferta y la demanda, en una plataforma de libre concurrencia."

(52) Sobre el tema del precio justo conviene consultar MARCHES PUBLICS ET JUSTE PRIX, Bruselas 1971, Université Libre de Bruxelles; también PUIG BRUTAU, obra citada pag. 44 dice: "En lugar de considerarse admisible un precio "natural" o "normal", es decir, producido por la libre pugna de fuerzas naturales, ha de predominar la concepción de que sea razonable el precio de los bienes, en especial de los de consumo, por satisfacer de manera justa y equilibrada las necesidades de una y otra parte contratantes valoradas desde el punto de vista social". La moderna doctrina económica francesa en política contractual del Estado opina en favor de los "costes mínimos" de los bienes y servicios más que de "precios mínimos".

(53) GARRIDO, obra citada, pag. 511 y sigs. donde se ocupa del fin del acto administrativo y la desviación de poder.

(54) MONEDERO, Hacienda Pública y Hacienda Privada..., el autor se muestra partidario de extender el requisito de la forma con carácter obligatorio a la contratación privada, por razones de seguridad jurídica y de evitación de fraudes fiscales y a terceros.

(55) Vid. SENAC LISSON, obra citada, pag. 37 y sigs.- donde explica con gran extensión toda la mecánica financiera que subyace en la contratación.

, (56) Compárense estos dos preceptos: el art. 1911 C.C. dice: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deu dor con todos sus bienes presentes y futuros."; y el art. - 32 LAC, dice: "Son únicamente obligaciones exigibles del Estado las que se comprendan en la Ley de Presupuestos o se - reconozcan como tales por leyes especiales."

## C A P I T U L O   V I

### LA EJECUCION DEL CONTRATO DEL ESTADO

## C A P I T U L O VI

### SUMARIO

#### LA EJECUCION DEL CONTRATO DEL ESTADO

##### I.- DEBER DE CUMPLIMIENTO Y MUTUA COLABORACION

1. Iniciación de los efectos del contrato
2. Problemática del deber administrativo de cumplimiento: prerrogativas del Estado deudor
  - A. Naturaleza del deber de cumplimiento
  - B. Prerrogativas del Estado-deudor; limitaciones al derecho de crédito privado
3. La mutua colaboración

##### II.- LA SUJECION DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO AL INTERES PUBLICO

1. El principio del "pacta sunt servanda" y sus excepciones en nuestra institución.
2. La tutela administrativa del cumplimiento del contrato: poder de dirección
3. La potestad de modificación y extinción del contrato: "el jus variandi"
  - A. Cláusula "rebus sic stantibus" y "jus variandi"
  - B. Manifestaciones del "jus variandi" en los distintos tipos de contratos del Estado
4. La interpretación ejecutiva del contrato

##### III.- LA REVISION DEL CONTRATO DEL ESTADO POR ALTERACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS ECONOMICAS.

1. El planteamiento civil
2. El planteamiento en el derecho administrativo
3. Critica de la doctrina del riesgo imprevisible
4. Las soluciones en los distintos tipos de contratos del Estado

##### IV.- LA EXTINCION DEL CONTRATO DEL ESTADO: CAUSAS

1. Causas de extinción
2. Cumplimiento normal del contrato
3. Nulidad del contrato
  - A. Causas basadas en el derecho administrativo
  - B. Causas basadas en el derecho civil
4. Resolución del contrato
5. Mutuo acuerdo o contracontrato

##### V.- CONTROL JURIDICO Y JURISDICCIONAL DE LA CONTRATACION DEL ESTADO

1. Normas de control
2. El control jurisdiccional

## CAPITULO VI

### LA EJECUCION DEL CONTRATO DEL ESTADO

#### I. DEBER DE CUMPLIMIENTO Y MUTUA COLABORACION

##### 1. Iniciación de los efectos del contrato.

Los principios informadores de los contratos del Estado nos obligan una vez más y según nuestra técnica de trabajo, a tomar en consideración las ideas esenciales que presiden el cumplimiento de las obligaciones contractuales según el derecho civil y trasplantar su problemática al campo de -- los actos de la Administración. Por esta razón, comenzamos hablando en la cabecera del Capítulo, de "ejecución del contrato", más que de cumplimiento o efectos del mismo que es la terminología usual, pues aquella palabra es más compren sible en el ámbito de los actos administrativos.

Veamos a continuación el comportamiento de ambos orde namientos jurídicos en el punto concreto del tiempo exacto de iniciación de los efectos del contrato.

Por lo que se refiere al derecho civil, el artículo - 1.262 C.C. sienta la doctrina fundamental a este respecto que el contrato se perfecciona y produce sus efectos desde que la aceptación llega a conocimiento del que hizo la oferta. De las dos teorías que se enfrentan en este punto (teo ría de la emisión y teoría de la cognición) nuestro derecho civil sigue la tesis de la cognición, situando la perfección del contrato en el momento en que la aceptación es conocida por el proponente. Es decir, la aceptación en sí misma como acto de parte es irrelevante sin el complemento de la recep ción del mismo por el oferente. Solo cuando esto sucede entra en juego el contrato ya perfeccionado obliganco al cumplimen to de lo expresamente pactado. (1)

Por su parte, el artículo 45 L.P.A. prescribe que - "los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha que se dicten...." si bien "su eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación o publicación ....." deduciéndose, a su vez, de la doctrina del artículo 46 L.P.A., que deberán ser notificados o publicados todos aquellos actos que "tengan destinatario". La eficacia del acto administrativo desemboca al fin en la ejecución o - cumplimiento del mismo, señalando a este respecto el artículo 10<sup>1</sup> L.P.A. que "los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la Administración del Estado serán inmediatamente ejecutivos...."

La atenta lectura de estos artículos entfelazados - nos pone de relieve las siguientes dos notas características del circuito perfeccionador del contrato del Estado:

- Que el acto de aprobación del contrato existe y es válido desde su fecha de emisión (artículo 45 L.P.A. y artículo 13 L.C.El)

- Que el requisito de notificación al administrado contratante es, no obstante, imprescindible para la ejecutividad del acto frente al mismo (artículo 45 L.P.A. y artículo 32 R.C.E.).

Estos dos momentos en que se divide la perfección administrativa es lo típico del contrato del Estado: el primer momento de perfección pura y el segundo de plenitud - ejecutiva. Las consecuencias jurídicas, si se reflexiona en la temática de plazos, revocabilidad del acto, defecto de notificación.... son muy relevantes. Desde nuestro punto de vista el acto de aprobación es irreversible desde que se dicta, no puede ser ulteriormente modificado y debe ser inmediatamente notificado al interesado.



Todos los actos de la Administración se presumen - legales, dictados de buena fé y ajustados al interés público, razón por la cual son inmediatamente ejecutivos y deben influir desde luego en la realidad de las personas o cosas afectadas. Ahora bien, el acto contractual tiene básicamente un solo destinatario, el administrado contra tante. Es ciertamente lógico que la perfección consumada con la emisión del acto se supedite en cuanto a su efectividad al conocimiento del mismo por el interesado quedando entre tanto en suspenso. (2)

Conviene añadir que es frecuente encontrar en el - derecho administrativo algun requisito formal o real más incorporado al contrato ya perfeccionado, para poner en - marcha la máquina obligacional: por ejemplo, en el contra to de función pública la toma de posesión, en los contra tos administrativos y patrimoniales la formalización en documento público, en otros contratos el abono del precio o de una tasa o impuesto que condicione en la práctica la - puesta en marcha de la operación.... Normalmente, el incumplimiento de estos requisitos complementarios determi na la pérdida de eficacia del contrato celebrado lo que - nos demuestra que aquellos juegan como condición resoluto ria más que como factores integrados en el circuito de - aprobación.

## 2. Problemática del deber administrativo de cumplimiento: prerrogativas del Estado deudor.

A. Naturaleza del deber de cumplimiento. Una vez perfeccionado el contrato <sup>como</sup> se ha visto, surge el vínculo obligacional recíproco, el mútuo deber de cumplimiento - de lo expresamente pactado y de todas sus consecuencias. Así lo dice expresamente el artículo 3 L.C.E. recogiendo el mensaje del fondo jurídico común. El contrato del Estado determina, pues, el nacimiento de obligaciones de -

índole económica que deben ser cumplidas por los órganos de la Administración y si así no lo hiciesen la conculcación del pacto llevará aparejada la obligación de indemnizar los daños y perjuicios al particular lesionado; del mismo modo, el particular contrae unas obligaciones específicas frente al ente público cuyo olvido genera de idéntica forma, daños y perjuicios en favor de éste. En suma, que el contrato ~~es~~ ante todo fuente de obligaciones y los derechos que nacen del mismo son hasta cierto punto un efecto residual. (3)

Merece la pena profundizar en nuestra cuestión repasando la problemática que manifiestan las figuras del Estado-deudor y la del administrado-acreedor. Estamos habituados de tal forma a las posiciones jurídicas inversas - Estado-poder o Estado-acreedor y administrado-deudor, que puede reputarse peculiar de la esfera contractual el hecho de que en ella, además de sus lógicos derechos, la Administración se nos aparezca como sujeto de obligaciones y -- blanco pasivo de los derechos de un particular. Para comprender la trascendencia de este enfoque, derivado de la especial estructura jurídica de la Administración, conviene recordar el mecanismo de las obligaciones bilaterales en el derecho civil caracterizado por la interdependencia de los vínculos.

Como dice el maestro CASTAN "Es esencial para el concepto de la obligación bilateral que las prestaciones de cada una de las partes sean prometidas a título de contrapartida o retribución por las prestaciones de la otra", - razón por la cual los efectos que produce son pura secuela del lazo recíproco que articula a las prestaciones de las partes "cada una de las cuales se obliga con el fin de - obtener el cumplimiento de la obligación de la otra". De aquí las típicas consecuencias de la interdependencia en la mecánica obligacional del contrato: "exceptio non adimpleti ~~contractus~~", "compensatio mora" y la "conditio resolutoria tácita", en cuyo estudio no podemos entretenernos.

Por el contrario, en nuestro derecho administrativo, donde la auténtica fuente del vínculo no es el consenso - de dos voluntades iguales y libres, sino la virtualidad - que la ley concede a determinados comportamientos voluntarios de los órganos de la Administración y donde la situación jurídica dimanante del contrato constituye un bloque activo-pasivo autónomo, la posición del ente público no es la de una persona obligada en el sentido interdependiente civil, sino la de una autoridad pública que en el desempeño de sus actos está sujeta por los dictados del derecho positivo. El particular contratante exige el cumplimiento del contrato basándose no en la obligación contraída por - el Estado, sino en los derechos que la situación jurídica le confiere; y estos derechos no están configurados por la idea de interdependencia según el derecho civil es decir, según el contrato clásico, pues, como se verá, las prerrogativas de la Administración como obligada destruyen el - juego típico del "fondo jurídico común."

Esta concepción es, justamente, la que nos ha permitido englobar toda la amplísima gama de acuerdos, negocios, convenios, conciertos y contratos dentro de la institución genérica que estudiamos. Si examinamos algunos contratos - del Estado, como los patrimoniales o los de obras y suministros parece, en principio, que se dan unos esquemas semejantes a los que caracterizan al contrato civil y parece - un juego de palabras decir que la Administración no se obliga a abonar el precio sino que realmente lo que sucede es que el particular ostenta un derecho a exigirlo de la Administración si ha cumplido su compromiso. Sin embargo, - si pensamos en otras figuras, como por ejemplo, el contrato de función pública, Deuda pública, lotería y otros tipos de contratos públicos de base fundamentalmente normados, observamos que la situación jurídica contractual definida por la Ley impide hablar de unas obligaciones específicas

administrativas; frente al derecho subjetivo del particular no surge una obligación subjetiva paralela, sino el ordenamiento jurídico del cual es ejecutor el órgano de la Administración. La legislación de Funcionarios vigente es un ejemplo claro de estas afirmaciones pues define los derechos y deberes de los funcionarios como algo autónomo, sin exponer las obligaciones del Estado frente a éstos como algo recíproco y paralelo de aquellos derechos (4)

En suma, el deber administrativo de cumplimiento se resuelve en el ejercicio de un derecho de crédito reconocido a un particular frente a la Administración que ésta debe satisfacer.

B. Prerrogativas del Estado-deudor; limitaciones al derecho de crédito privado..- La doctrina suele enfocar esta problemática bajo el epígrafe de "Los privilegios del Estado como deudor" y lo funda en razones de tutela de intereses públicos diversos. Desde nuestro punto de vista, y para ser consecuentes con lo dicho más arriba, más que de privilegio deberíamos hablar de limitaciones de los derechos individuales nacidos del contrato. Los llamados privilegios de la Administración consisten, en definitiva, en limitaciones por causa de utilidad pública de los derechos del acreedor en el contrato cuando éstos entran en conflicto con el interés general. (5)

Hagamos un breve repaso de las prerrogativas:

a. Condicionamiento del pago al cumplimiento de la obligación privada y al presupuesto: la mora administrativa..- Un rasgo típico del pago en los contratos del Estado es el de que aquél solo se deberá realizar por la Administración cuando el administrado-contratante ha cumplido previamente su compromiso. Esta particularidad del comportamiento administrativo roza la mecánica del contrato de derecho privado en el cual las prestaciones de las partes de

ben ejecutarse simultáneamente, sin que en ninguna de las partes pueda condicionar su compromiso al cumplimiento -- previo de los compromisos de la otra parte contratante. -- Por el contrario en el derecho administrativo ( L.C.E. y L.G.P. ) pensando en la garantía que merece el Tesoro público, la realización del pago se supedita a la realización de la correspondiente entrega de bienes, ejecución -- de obras o prestación de servicios; salvo casos excepcionales la Administración no anticipa nunca el pago ni queda pendiente de una prestación privada ya satisfecha.(6)

Por otra parte el pago es la última operación a realizar por el Estado como deudor dinerario. Autorizado el gasto y breconocida la obligación contractual debe ser la misma abonada por el Tesoro mediante el oportuno libramiento, siempre que exista crédito presupuestario legítimo para su pago, según establece el artículo 39 L.F.C. -- Una vez más aparece el presupuesto condicionando la actividad contractual administrativa. Tal vez sea éste, sin -- embargo, el momento en que la previa existencia de crédito actúe de un modo más radical.

Pues bien, la realización del pago supuesta la existencia de crédito exige una orden que debe ser expedida -- por el Ministerio de Hacienda. La gestión de la cuenta del Tesoro Público o las conveniencias de la política monetaria pueden, en un periodo determinado, aconsejar al Ministerio de Hacienda demorar los pagos debidos a los acreedores contractuales con el propósito de restar liquidez al sistema y originando un nuevo motivo de fricción entre -- las necesidades de la política financiera y la institución que nos ocupa. Este fenómeno no tiene lugar normalmente en las Administraciones autónomas porque la competencia contractual vá unida a la facultad de pago, pero reviste los caracteres opuestos en cuanto la Administración centralizada, donde los órganos de contratación carecen de funciones ordenadoras.

La realización del pago se instrumenta mediante un procedimiento complejo y meticuloso, justificado en las garantías formales que debe adoptar la Administración - del Tesoro público. Todo ello causa demoras superiores - a las de una operación análoga en el sector privado. Esta demora, que deberán conocer de antemano los acreedores con tractuales al hacer sus previsiones, están reconocida le- galmente en los contratos administrativos, mediante el - otorgamiento a la Administración de un plazo de pago de - tres meses, transcurrido el cual deberá abonar los intere ses. (7)

En buena técnica contractual no parece correcto que el Estado deba jugar con los pagos debidos a sus acreedo- res para hacer política coyuntural. Sin embargo, desde el punto de vista financiero, la decisión de hacerlo puede - ser tentadora y hasta estar justificada en algún caso ex- cepcional. Ello no obstante parece muy aconsejable que el derecho financiero haga un esfuerzo para comprender tam- bien las exigencias típicas contractuales en las cuales re side la eficacia y su prestigio, mediante una nueva orien tación de los principios presupuestarios que rigen la fi- nanciación de las inversiones. Un funcionamiento anormal del contrato del Estado, en cualquiera de sus aspectos, - conlleva un funcionamiento anormal de la empresa colabora dora y en definitiva del aparato de producción del país.

b. Imposibilidad de ejecución de la obligación sobre los bienes del Estado.- Esta regla fundamental aparece - consagrada en el artículo 15 L.E.C. y su aplicación consti tuye un severo correctivo de la estructura de la obligación civil que está basada en el cumplimiento voluntario o bien en el cumplimiento coactivo amparado en el poder judicial. La responsabilidad universal del deudor figura definida - en el artículo 1.911 C.c. cuando dice: "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bie- nes presentes y futuros". Pues bien, por lo que se refiere

al Estado, solo responde de sus obligaciones en la medida autorizada por la Ley de Presupuestos.

En realidad, esta importante limitación del derecho individual lo es también de la sentencia judicial, - pues la ejecutividad de ésta la que padece cuando el Estado es vencido en juicio. Adviértase no obstante que la inejecutividad de la sentencia no es completa; lo que sucede es que la realización de su contenido se sujetará al - derecho administrativo, cuestión bien diferente, que es - el que fijará la vía adecuada en cada caso. (8)

Cabe opinar que aún cuando la excepción esté justificada en variadas razones que no son del caso exponer, - es imprescindible una escrupulosa regulación administrativa que impida cualquier tipo de exceso o arbitrariedad - con motivo de la comentada prerrogativa.

c. Reducción del plazo de prescripción.- Los derechos de los particulares contratantes frente al Estado tienen un plazo de prescripción de cinco años según el artículo 25 L.A.C., inferior al establecido en el artículo 1.964 C.C., que lo fija con carácter general en quince - años plazo que, sin embargo, si tiene el Estado para reclamar contra sus deudores. (9)

La prerrogativa de la Administración es evidente. - Razones de buena administración financiera aconsejan esta limitación del derecho individual para propiciar una mayor definición y seguridad en la deuda pendiente del Tesoro; y estimular indirectamente el rápido ejercicio por los particulares de sus derechos económicos contra la Administración.

d. Inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativo; la conversión obligatoria.- La ejecución del contrato se sujeta en todo caso al interés público y en el epígrafe siguiente se verán las consecuencias: Tutela administrativa, "jus variandi" e interpretación ejecutiva.

Nos interesa llamar la atención aquí sobre el límitado alcance que tiene en el ámbito de los contratos del - Estado, particularmente en los contratos administrativos y públicos, el ejercicio contra la Administración de las excepciones de incumplimiento del contrato (Exceptio non adipleti contractus, compensatio mora...) El hecho de que la Administración no cumpla regularmente su compromiso esto no significa una recíproca liberación o aplazamiento del cumplimiento de sus obligaciones por parte del particular, sino que determina ordinariamente el nacimiento a su favor de una indemnización compensatoria. Es el fenómeno jurídico de la conversión obligatoria de derechos por indemniza- ción económica que es inevitable admitir en la institución pero que al mismo tiempo es necesario someter a una rigu- rosa disciplina pues su abuso abre un peligroso cauce a - la arbitrariedad administrativa a costa de la dignidad hu- mana y de las libertades individuales. (10)

Esta limitación para el derecho individual que la le- gislación positiva matiza según los casos y circunstancias, confirma lo dicho más arriba sobre la falta de interdepen- dencia entre la obligación de la Administración y la obliga- ción del particular. El particular se vincula frente a aquélla y tiene derecho a exigir que la misma cumpla, pero sin que la ejecución de su obligación se haga depender estric- tamente del cumplimiento de aquélla.

e. Excepcionalidad de las transacciones y compromi- sos.- Es frecuente en los contratos que las dudas que se suscitan sobre cláusulas y aspectos del mismo sean resuel- tas mediante conversaciones o negociaciones complementa- rias del documento principal. Significa esta actitud de - armonía un precioso instrumento para el buen fin de los - contratos. Del mismo modo las transacciones y compromisos, de carácter formal, constituyen procedimientos para solven- tar, extrajudicialmente, discrepancias surgidas en torno a la ejecución y cumplimiento de los negocios voluntarios.



Sin embargo, en la contratación del Estado que envuelve un interés público que debe ser escrupulosamente negociado, las transacciones y compromisos tienen un carácter excepcional por lo infrecuente de su utilización, y restringido, por hallarse sujetas estas actuaciones a formalidades excepcionales.(11)

Nosotros entendemos el interés público como un interés negociable en la mayoría de sus aspectos. La mitificación del interés público es lo que dá lugar a los criterios restringidos que inspiran nuestro derecho clásico. Sin embargo en la moderna legislación de contratos del Estado se admite el "mutuo acuerdo" como una de las formas de extinción de los contratos administrativos. El paso es gigante. A la vieja actitud inflexible de una Administración incapaz de negociar se la sustituye por una Administración inteligente y adaptada a las circunstancias. La desconfianza que estas libertades pueda suscitar debe ser contrapesada por un mayor control de la actividad pública.(12)

f. El conocimiento previo.— Al conocimiento previo se le denomina también fuero de la Administración y se traduce en la facultad de los órganos administrativos de conocer, de modo previo, al conocimiento judicial, de las cuestiones e incidentes que puedan plantearse en orden a la ejecución y cumplimiento de los contratos. Este fuero de la Administración o esta prerrogativa de hacer declaraciones jurídicas en las relaciones en que está aquélla implicada, adopta la forma de reclamación previa en la vía gubernativa o de recurso de reposición, como requisitos condicionantes para el ulterior ejercicio de acciones judiciales contra el Estado.(13)

En el campo de lo contractual la intervención del fuero administrativo tiene unos matices peculiares. Significa que el Estado-deudor hace definiciones ejecutivas

respecto a las reclamaciones formuladas por el administrado-contratante acreedor; la resolución administrativa se presume legítima y por ende se desplaza la carga de la acción y de la prueba al contratante insatisfecho. Gracias a este fuero el predominio de la Administración es completo; además de imponer las condiciones generales del contrato, niega toda posibilidad de negociación o compromiso en los incidentes y, por último, se reserva la facultad de imponer su criterio en orden a la interpretación y cumplimiento del vínculo contraído.

### 3. La mutua colaboración.

Antes de seguir adelante es necesario hacer algunas reflexiones. A lo largo de toda la exposición hemos ido viendo y justificando la posición de ventaja del ente público en relación con el particular; no obstante hemos defendido y defendemos la existencia de una situación jurídica contractual entre ambas partes siquiera esté basada en pilares diferentes a los que nos enseñan el derecho civil. Es posible, sin embargo que al leer el epígrafe anterior el lector dude de si en verdad nos hallamos ante un contrato o ante un fenómeno jurídico diverso, pues el cúmulo de excepciones parece desbordar lo que es tolerable en un negocio voluntario.

Las restricciones legales al deber de cumplimiento administrativo y la sujeción del mismo al interés público, cuyo detalle se verá en el epígrafe siguiente, parecen empujarnos a la búsqueda de una institución por completo diferente. Cabe argüir que la doctrina contractual seguida por el derecho español es un todo coherente con los principios jurídicos que inspiran el régimen orgánico y funcional de la Administración pública española, a la vez prepotente y reglada, que constituyen dos polos de tensión entrelazados por el derecho administrativo. Esto es, que ante el notorio debilitamiento de la situación

del particular frente al ente público, se ha ideado un mecanismo paralelo de indemnizaciones y compensaciones para que los intereses que anidan bajo el ropaje contractual - no soporten sacrificios especiales contrarios a la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

A pesar de ello parece razonable añadir que la utilización sistemática de la "conversión obligatoria" para regular los conflictos del interés público pujante con el derecho - individual no parece que sea camino de una Administración - pública que debe ser cada día más respetuosa no solo con - los intereses sino también con la dignidad y la libertad de los ciudadanos. Recuérdese como en la expropiación además - de abonarse al expropiado un justo precio se la abona además "un premio de afección ~~pública~~"; la expropiación de los intereses privados conlleva un daño moral que también debe ser ponderado. El sacrificio individual no solo es medible económicamente sino que requiere además el manejo de categorías humanísticas. (14)

Por otra parte, tampoco es posible seguir fomentando con la táctica explicada de la conversión obligatoria una actitud egoísta y enemiga del administrado-contratante a modo de talante habitual del mismo frente al Estado. Esto sería la reacción lógica ante ese predominio implacable del ente público en el seno del vínculo. Hay un derroche - de energía en esa lucha entre la pesada y segura máquina - administrativa y el, ágil y vivaz interés privado.

Sin duda, la idea de contrato que nos brindó el derecho civil es incapaz de albergar la inmensa problemática del contrato del Estado y la investigación de fórmulas jurídicas nuevas debe ser centro de nuestras reflexiones. A ellas se debe la figura de la colaboración como un nuevo - marco en el que se den cita la Administración y los administrados para concluir sus negocios voluntarios. El profesor ARIÑO ha dedicado al tema una especial atención y en -

otro lugar de este trabajo hemos expuesto alguna de sus ideas esenciales: la quiebra del principio de desconfianza, la diligencia y buena fé del contratista a modo de -talante habitual, la distensión del principio de tiempo cierto y las técnicas de apoyo económico y financiero. - Las reflexiones de este autor estan referidas al contrato administrativo pero son generalizables a todos los - contratos del Estado que se proyectan en el tiempo y envuelven prestaciones recíprocas y sucesivas. Concluye diciendo: "En resumen, frente a la preocupación casi exclusiva por la garantía, propia de nuestra vieja contratación administrativa, el clima actual es favorecer una mejor y más rápida realización de las obras y servicios, apoyada en la selección y en la confianza en los contratistas".(15)

Pero la idea de la colaboración no es solo una bella creación doctrinal. La tesis se abre paso en la legisla--ción y la jurisprudencia.

La exposición de motivos de la Ley de Bases de C.E. al comentar las ventajas de un sistema de clasificación de contratistas dice: "Este Registro vendrá a serlo de - los contratistas capacitados, técnica y ~~financieramente~~ - y que, al permitir un control directo de las empresas, autoriza a aligerar el contrato administrativo de otras fisca-lizaciones. Podrá darse paso en el futuro a la figura del contratista colaborador, que constituye una antigua aspi-ración de insospechado alcance". También la jurisprudencia, se ha preocupado del tema y empieza a dibujar la figura de la colaboración que ~~atisbamos~~ desde muchos ángulos sin llegar todavía a cristalizarla. La sentencia de 15 de junio de 1972 decía lo siguiente: "Desde otro aspecto, la conducta del recurrente, no mirando el problema que nos ocupa - sino desde la cara que conduce a una solución sólo para él favorable, implica desconocer la más moderna concepción - del contrato administrativo, en la que el contratista ha dejado de ser un titular de intereses antagónicos a los -

de la Administración para convertirse en un colaborador - voluntario de la misma, aunque no se muestre desinteresado; en esta colaboración se entra, por cierto, contando - de antemano con la voluntad predominante de los entes públicos, en cuanto, en cierta forma, el contrato administrativo puede considerarse un contrato de adhesión o un contrato-tipo, como ha destacado parte de la doctrina: voluntad predominante que nada tiene que ver con una voluntad arbitraria, - puesto que en esta materia tiene que desenvolverse por completo sujeta a los dictados del principio de legalidad; más es esta misma legalidad la que establece que en estos contratos su causa y su fin no pueden ser otros que la satisfacción del interés público".

Para seguir avanzando en la articulación de la figura de la colaboración conviene no perder de vista el sentido - etimológico y gramatical de la palabra. Colaborar viene del latín "cum" = con y "laborare" = trabajar. La idea básica - es pues la de trabajar juntos o coincidir en el trabajo. - Por su parte "colaborador" es según el diccionario de la Academia "compañero en la formación de alguna obra". Todo el conjunto de lo expuesto encierra la idea de compañía, de - armonía y de buena correspondencia entre personas en base a una finalidad de interés común.

Desde el punto de vista jurídico entendemos que no - debemos desviarnos del significado gramatical de las palabras. La articulación de la misma entendemos que no debería prescindir de las siguientes premisas:

a) Confianza. La consecución de un clima de confianza solo puede lograrse por la vía de una cuidadosa selección - del administrado contratante que elimine a todas aquellas - personas o empresas que infundan sospechas de deslealtad o deshonestidad. La filosofía del compañerismo y la amistad - solo es posible entre dos individuos dispuestos a respetarse y comprenderse. La imagen del contratista enemigo debe -

dejar paso a la de la empresa consciente de sus responsabilidades. (16)

No es preciso decir que la actitud del órgano en el contrato no puede ser la del gendarme desconfiado y receloso.

b. Tutela. El predominio de la voluntad pública sobre la privada y las notables restricciones de que es objeto de esta en las tres etapas del contrato debe ser compensada mediante una actitud de tutela. Se ha dicho más arriba que los sacrificios que envuelven la conversión obligatoria no pueden ser compensados solamente en términos económicos. La Administración no puede encogerse de hombros ante los abatares que soportan los colaboradores del Estado. A modo de actuación complementaria o consecuente a la celebración del contrato debe realizarse una política tutelar que despeje las inquietudes de los que se aproximaron buscando un medio justo de obtener una ganancia. (17)

c. Asunción de riesgos.- El clima de colaboración que debe existir en los acuerdos Administración-administrados parece rechazar un montaje contractual que implique una asunción por el contratante privado de riesgos desmesurados, cual sucedía en los tiempos históricos. A la Administración moderna le conviene por una simple regla de costes, como afirma BARCIA DE ENTERRIA, constituirse en aseguradora nacional de los riesgos de fuerza mayor y casos fortuitos en vez de hacerlos pechar sobre las ofertas privadas, que resultarían encarecidas globalmente en porcentajes muy superiores. (18)

d. Equilibrio de intereses.- Por último un negocio de colaboración no debe olvidar el justo equilibrio de intereses que debe presidir la operación, no solo al tiempo de su celebración sino también durante la etapa de desarrollo o ejecución del contrato. Las restricciones a que se ve sometido el derecho del particular en el contrato del Estado

las incidencias de todo tipo que pueden acaecer mientras que se verifica la prestación, la influencia perniciosa de la inflación..... son ejemplos de supuestos que no pueden ser enfocados con el egoísmo típico de la contratación privada. Hay que encararlos con ánimo de solución y por encima de todo que no peligre el equilibrio de intereses que buscaron de buena fé las partes.

Además, y esto implica toda una táctica contractual es necesario enfocar el contrato del Estado de forma que los intereses privados actúen conjugados con los públicos; o sea que el interés privado se acreciente o se consolide en tanto en cuanto el fin público del contrato se vá consiguiendo. En otras palabras, que hay que fomentar el interés privado en el contrato, incentivándolo y estimulando en tanto en cuanto impulsa al interés general.

Por supuesto, esta figura del contrato de colaboración que se irá concretando poco a poco, y vemos en los Pliegos de Cláusulas y en los esquemas contractuales administrativos la vía más idónea para una gradual introducción de las nuevas ideas, solo tiene lugar en aquellos convenios que se proyectan en el tiempo dando lugar a una relación prolongada Administración-administrado. En los contratos de consumación instantánea no hay un margen posible al enfrentamiento ni a la compenetración.

Una última observación. La idea de colaboración no es posible cristalizarla en un esquema rígido de derechos y obligaciones válido para todos los contratos del Estado de tracto sucesivo. Esto sería una utopía jurídica. Nada tiene que ver el contrato de obras con el contrato de función pública o con el contrato de arrendamiento de bienes. Cada uno de ellos tiene su problemática específica que es imposible subsumirla en un marco abstracto. Para nosotros la mútua colaboración constituye, en fin, una filosofía de lo contractual público que debe motivar normas y cláusulas en todos los tipos de contratos para un progresivo

perfeccionamiento de la institución. Se trata de limar - aristas en el ordenamiento vigente creando poco a poco - ese ambiente de comprensión que, a decir verdad, no debería estar rodeando exclusivamente los contratos sino la totalidad de las relaciones jurídicas Administración- administrado. (19)

## II.- LA SUJECCION DEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO AL INTERES PUBLICO.

### 1. El principio del "pacta sum servanda" y sus excepciones en nuestra institución: el Estado-acreedor

El principio del "pacta sum servanda" constituye uno de los pilares de la institución contractual y, por supuesto, se ha insistido muchas veces, en el ámbito administrativo a pesar del cuadro de excepciones que lo acompaña. Pero también se ha repetido muchas veces que en nuestra institución se caracteriza por ese afán de armonizar el interés público y el interés privado en el seno del contrato y de aquí que en el más arriba comentado artículo 3 L.C.E. admita la existencia de determinadas prerrogativas que alteran y cortapisan el deber general de cumplimiento de la Administración.

Más todavía. Al lado de los privilegios del Estado-deudor, como sujeto pasivo de la obligación, surgen las prerrogativas del Estado-acreedor, como sujeto activo de la misma, presionando ambas instituciones sobre la normalidad estructural del contrato. El sujeto de todas estas llamemos irregularidades es el administrado-contratante que debe soportarlas con la seguridad, eso sí, de que serán compensadas por otras prestaciones. Se habló de esto en el epígrafe anterior.

El tema de las prerrogativas de la Administración en su posición acreedora se enfoca por los autores al tiempo del estudio de los contratos administrativos, cosa lógica



si se medita el carácter de tracto sucesivo que tienen estos contratos y, justamente, la existencia de un tiempo de ejecución es lo que da lugar al posible conflicto entre el pacto y el interés general. La prerrogativa consistiría en una modalidad de la potestad administrativa contractual, operando en forma agresiva contra el derecho individual y aceptando el juego de compensaciones de forma análoga a la que tiene lugar en la expropiación forzosa. En definitiva los impactos que sufre el particular en el contrato del Estado son simples modalidades de la expropiación forzosa de un derecho individual por causa de utilidad pública. Desde nuestro punto de vista nos parece -- oportuno añadir que el tema requiere un planteamiento amplio, de manera que acoja no solo los contratos administrativos sino todos los contratos del Estado, si bien en cada uno de ellos se nos presente la problemática con rasgos específicos.

No está de más argüir que la Administración deberá respetar en todos los supuestos de sacrificio la reciprocidad de intereses o equivalencia económica que fluye bajo la capa jurídica formal de los derechos y obligaciones. En ningún caso la sujeción del cumplimiento del contrato al interés público puede suponer un romper el equilibrio de la balanza contractual. Son secuelas de la tesis del precio justo que vimos en otro lugar. Su aplicación cierra el paso a los contratos de ventaja y a las actitudes administrativas que signifiquen explotación de los colaboradores. La equidad es un componente indiscutible de todas las actuaciones de los órganos del Estado y su presencia se notará también en las incidencias de ejecución del contrato.

Las excepciones más señaladas al principio del "pacta sum servanda" son las siguientes:

a. La tutela administrativa del cumplimiento del contrato.

b. La potestad de modificación y extinción del contrato.

c. La interpretación ejecutiva del contrato.

2. La tutela administrativa del cumplimiento del contrato: Poder de dirección.

El artículo 5 L.C.E. establece con carácter general para todos los contratos del Estado que la ejecución "... se desarrollará bajo la dirección y la responsabilidad de la autoridad o del órgano que lo celebre". La importancia de esta normativa, que consagra el teorema de la tutela administrativa del contrato por razón de la debilidad del administrado contratante, esto es, la dirección y vigilancia del cumplimiento del mismo a cargo del órgano responsable, requiere un comentario especial del artículo transcrito. - Es interesante saber qué intensidad tiene esa relación de dependencia que parece estructurarse entre las dos partes del contrato.

El precepto declara, en primer lugar una facultad - de dirección en favor del órgano que adjudicó el contrato. La facultad de dirección a que se alude ha suscitado algunas dudas en los intérpretes del texto legal, pues se em-- tiende que esta potestad encuentra su verdadero encaje en el contrato administrativo, como actuación complementaria del "jus variandi". La facultad de dirigir, en este sentido estricto, significaría tanto como la de dar órdenes, re solver dudas y verificar interpretaciones ejecutivas del - compromiso con el colaborador. En el campo de un contrato privado, arguyen, solo sería posible esta acción directiva cuando en el contrato luzca una estipulación que la ampa- re, pero si no existe, la Administración no podrá ejerci- tar este derecho.

Esto es cierto, la posibilidad de dirigir la ejecu- ción de un contrato privado, en el sentido omnicomprensi- vo que parece deducirse del texto legal, solo sería válida si tiene una base contractual. La mera declaración del ar- tículo 5 no puede servir de fundamento para que la Admi-

nistración se irroque la dirección en un contrato de arrendamiento, de explotación patrimonial o de sociedad mercantil. Nosotros entendemos que la palabra "dirección" no debe interpretarse en un sentido radical sino en un sentido amplio. Quiere decirse que la Administración debe tutelar la ejecución de todos sus contratos, vigilar su cumplimiento, promover las medidas más adecuadas para la consecución de los fines que persigue y, en fin, hacer valer ante la otra parte contratante los legítimos derechos administrativos. Para llevar a cabo estas funciones de "dirección" el órgano de la Administración competente cuidará, al tiempo de la preparación del Pliego, que estas facultades se incluyan en el cuadro de condiciones. Si así no se hiciese la potestad de dirigir debe plegarse a lo convenido lo que no excluye esa actitud vigilante e inspectora que debe ostentar el órgano responsable. (20)

El mismo precepto declara, en segundo lugar, una responsabilidad especial de los órganos de la Administración por razón de los contratos que realizan. A este respecto se indica que los contratos "se desarrollarán bajo la dirección y la responsabilidad de la autoridad o del órgano que los celebre". El precepto reconoce una potestad: la de dirección, y una responsabilidad, imputando ésta y aquélla a "la autoridad o el órgano que los celebre". Se pretende con ello, fortalecer la presencia administrativa en todos los contratos, cualquiera que sea su naturaleza, y al mismo tiempo fijar la autoridad que se presume responsable ante el Estado por las incidencias de todo orden que puedan tener lugar en la ejecución del negocio. O sea, que el órgano que celebra un contrato dirigirá todo el planteamiento de la operación, deberá estar vigilante de los comportamientos del colaborador y se responsabilizará de la legalidad y acierto de las actuaciones.

La idea se completa por el artículo que se comenta indicando <sup>que</sup> los particulares podrán ejercitar las acciones

que le permitan las leyes aplicables, bien civiles, mercantiles o administrativas.

3. La potestad de modificación y extinción del contrato: el "jus variandi".

La doctrina del "jus variandi" surge en el ámbito de los contratos de obras del Estado. Sin duda, la mecánica interna de este tipo de contrato, cuya ejecución hace ordinariamente inevitable reformas del proyecto inicial para una mejor configuración de la obra prevista sirvió de puesta en marcha a esta doctrina, que alejada ya de su concreto origen, puede ser enunciada hoy como la facultad genérica de que goza la Administración para modificar en determinados casos sus contratos y excepcionalmente resolverlos, si razones de interés público abundan en favor de tal medida, compensándole al particular contratante los perjuicios que con este motivo pueda sufrir. Es un caso típico de conversión obligatoria cuyas líneas explicativas se realizaron más arriba.

Como decía FERNANDEZ DE VELASCO "el contrato administrativo mantiene su inflexibilidad en tanto el servicio público no exija que se modifique" y advertía a continuación que tal comportamiento "choca radicalmente con aquel precepto del Código civil que preceptúa que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". También la jurisprudencia admitía la facultad de modificar los contratos de obras y servicios "siempre que las necesidades públicas aconsejasen la novación". (21)

Más recientemente VILLAR PALASI, arrancando del contrato administrativo de obras, que continúa siendo el esquema utilizado para explicar el "jus variandi", lo justifica "en cuanto que la Administración no puede ceder su potestad pública ni su responsabilidad privativa del interés general", lo que se traduce en modificaciones intrín-

secas al contrato, que afectan al objeto propio del mismo. El fundamento de la facultad lo halla el autor en las exigencias cambiantes del interés general, la complejidad del objeto de algunos contratos que hace difícilmente determinable a priori la prestación en todos sus detalles, la larga duración de algunos negocios públicos lo que dá lugar a cambios profundos de las circunstancias, etc.

Para GARCIA DE ENTERRIA la potestad modificadora - procede "del genérico poder de sacrificio de situaciones patrimoniales de que la Administración es titular, de la - potestad expropiatoria.... o bien como expresión del poder reglamentario y su posibilidad de introducir alteraciones en las situaciones jurídicas existentes por vía normativa"; en definitiva, este autor indaga el por qué de la potestad en un nivel "superior y supraordenado al que es propio de la actividad contractual". Desde nuestro punto de vista el razonamiento de este autor es muy correcto ya que la potestad de modificar ejercida de forma general y sistemática - no puede encontrar fundamento en la mecánica contractual - que respira quietud y estabilidad. (23)

A. Cláusula "rebus sic stantibus" y "jus variandi". La doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" admite implícitamente, al menos en el terreno de la justicia y de la equidad, que las prestaciones contractuales deben adaptarse a las circunstancias futuras, cambiantes e imprevisibles; algo semejante a la idea que late en la potestad de modificación o "jus variandi". Nos interesa vivamente fijar sin embargo los datos diferenciales de estas dos concepciones del derecho civil y del derecho administrativo respectivamente: (24)

a. El "jus variandi" no se fundamenta en razones de equidad o de humanización del contrato, sino en la necesidad de dar satisfacción permanente al interés público involucrado en el contrato.

b. Tampoco parece adecuado construir esta facultad

sobre razones subjetivas o de interpretación del consentimiento contractual de la Administración. En realidad, el jus variandi, no es una posibilidad jurídica comprensible en el seno del contrato, sino ajeno a su problemática natural pero incorporado al mismo por razones pragmáticas y objetivas de interés público.

c. Del mismo modo, no cabe hablar de una cláusula sobreentendida y de interpretación restrictiva por el Poder Judicial. El jus variandi es una facultad administrativa reglada que actúa con un marco delimitado por las normas o por el propio contrato.

d. Por último, el jus variandi no persigue primordialmente la resolución del contrato, aún cuando este efecto pueda llegar a producirse, sino el acoplamiento del pago de prestaciones a las necesidades cambiantes del interés general sin perjuicio económico del contratante privado.

El jus variandi, en definitiva, es una potestad reglada por la norma o por las cláusulas específicas que ejerce la Administración en el contrato del Estado. Su presencia es una nota típica de esta institución y sólo en los contratos sujetos al derecho privado tiene un alcance de tipo excepcional; es decir, que el ejercicio de la potestad debe construirse, como se verá, bajo otras premisas.

El acto administrativo contractual es, en principio, fijo en cuanto a sus efectos pero el jus variandi constituye la solución jurídica que permite acoplar sus efectos a las circunstancias sobrevinientes.

B. Manifestaciones del jus variandi en los distintos tipos de contratos del Estado.— El jus variandi, considerado como facultad genérica de los órganos de la Administración para modificar las situaciones jurídicas contractuales creadas por los mismos, adquiere diversas formas en su

realización normativa y negocial. De aquí que convenga observar su operatividad en los contratos sujetos en cuanto a sus efectos al derecho privado, en los contratos administrativos y en los contratos públicos.

a. Por lo que se refiere a los contratos privados la primera consideración que debe hacerse es que sólo en aquellos que tienen un plazo de ejecución dilatado es posible plantearse la problemática. En un contrato de compra-venta de inmuebles o muebles, o de donación, que son de consumación instantánea, no hay ese margen temporal imprescindible para que las circunstancias influyan en ejecución de un interés público pendiente. Lo mismo cabe decir de las demás figuras en las que al periodo de generación del contrato sigue un acto de aprobación de plasmación inmediata por el órgano de la Administración y el administrado contratante.

Hay, por el contrario, otros contratos sujetos al derecho privado que se desarrollan en el tiempo (arrendamiento de bienes patrimoniales, arrendamiento de bienes a favor del Estado, contrato de Sociedad mercantil...) en los que es forzoso plantearse el tema de como se defiende al interés público si hechos posteriores a la celebración hacen perjudicial a aquél el cumplimiento del contrato en los términos iniciales.

La ausencia de una normativa positiva administrativa, justamente por el carácter privado del contrato, que autoriza a la Administración de estos negocios obliga a encarar el tema de la necesaria sujeción de todos los contratos del Estado al interés general, en una doble perspectiva:

- Durante la etapa de generación del contrato, al tiempo de elaborar a lo que hemos denominado esquema contractual óptimo, el órgano de la Administración deberá reservarse aquellas facultades contractuales que aconsejen la protección del interés público durante el desenvolvimiento de la operación. A este respecto el art. 12 R.C.E.

indica que la "Administración -en estos contratos sujetos al derecho privado- (deberá ) proponer, en su caso, la inclusión de cláusulas convenientes a los fines administrativos a que sirven el contrato, las cuales tendrán los efectos que determine el Derecho Civil o Mercantil"; esto es, apoyándose ~~en~~ el órgano de la Administración en el ordenamiento privado, - y amparándose en la iniciativa que le corresponde en la conformación del vínculo obligacional a través de los Pliegos - de Cláusulas o proyectos de contratos de obligada aceptación para el particular, debe reservarse, con arreglo a Derecho - Civil y Mercantil, el ejercicio de aquellas acciones que impidan que los derechos del particular constituyan freno u obstáculo para el interés general. La misma idea luce en el -- art. 5 del Decreto 3.637/1965 de 25 de Noviembre, por el que se regulan los contratos del Estado que se celebren en te-- rritorio extranjero; al no poderse ejercitar en estos casos una autentico jus variandi se busca la protección del inte-- rés público móvil en el marco del derecho común. (25)

Como principio general es evidente que el ejercicio de los derechos privados por los particulares, y los contractuales no son una excepción, no debe violentar el interés general pero, introducida esta idea en el campo privatista que - nos ocupa sólo tiene eficacia si se instrumenta sin infrin-- gir los preceptos de derecho necesario de los Cuerpos civi-- les y mercantiles. La aceptación por el Estado de las reglas del juego privatista así lo exige.

El tema del jus variandi en este tipo de contratos no debe de todos modos exagerarse en cuanto a su importancia. Si el derecho administrativo ha estimado oportuno relegar la -- eficacia de algunos contratos del Estado al derecho privado es porque estima que su normativa es suficiente para el lo-- gro de los fines públicos. No se olvide que los fines públi-- cos en estos contratos, o de "los fines administrativos a -- que sirven "los mismos, como dice más modestamente el art.12 de R.C.E. antes transcrito, dando a entender que no está en



juego inmediato un interés público concreto en el resultado del negocio, o que opera de modo mediato, o que tiene un carácter predominantemente económico o financiero, constituyen una categoría de grado inferior al que promueve el contrato administrativo.

Dentro del amplísimo juego que permite la voluntad -- del derecho privado el órgano de contratación deberá, por -- tanto, formular aquellas estipulaciones más idóneas a los -- fines perseguidos. Resulta aconsejable en la mayoría de los casos que la Administración se reserve la facultad de denunciar o resolver el contrato no solo por incumplimiento de -- la otra parte contratante sino cuando ocurran determinados -- eventos o circunstancias, de previsible influencia en el -- fin público inmerso en la operación, que hagan desaconsejable o inoportuno el contrato celebrado. De todas las prerrogativas administrativas en los contratos de este carácter -- la más importante de transplantar a la esfera civil es aquella que permite a la Administración suspender o resolver -- los contratos en vías de ejecución cuando influyen negativamente en el interés o el servicio público. La construcción de una cláusula que ampare esta facultad en el campo civil requiere perfilarla con cuidado para no incurrir en la prohibición establecida en el artículo 1256, conforme al cual "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden -- dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Para evitar esta prohibición la cláusula privada defensora del interés público deberá tener alcance bilateral y unos efectos indemnizatorios regulados en el propio contrato. (26)

- Cabe ahora formular la pregunta más importante -- ¿que puede y debe hacer la Administración si la ejecución de un contrato en la que esta implicada perturba el interés general?

Si ni el contrato, ni el derecho privado, brindan a la Administración en su carácter de parte una solución adecuada

para la defensa del interés general, esto es, el interés de los servicios públicos o finalidades públicas concretas y -- no el simple interés económico del Estado, deberá aquella -- afrontar el conflicto con medidas ajenas al contrato, si -- con ellas es posible anular o paliar los efectos nocivos -- del mismo. Si estas medidas no fuesen posibles ni tampoco -- la negociación o rescate pactado es cuando nos hallamos ante el verdadero fondo del tema sobre el que debemos resolver.

Ante esta situación límite, estimamos, con base en los artículos 120 y 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y artículo 40 L.R.J.A. que la Administración estaría legitimada y justificada acordando la denuncia del contrato y su negativa al cumplimiento de los derechos y obligaciones dimanantes -- del mismo. Se trata, por supuesto, de que graves razones de interés público así lo justifiquen y sin perjuicio del derecho del particular a recibir la oportuna indemnización por el daño que la Administración le haya causado pero sin posibilidad por su parte de exigir el cumplimiento en sus propios términos del contrato.

Esta facultad administrativa, que consideramos una pura aplicación del principio de la supeditación permanente del interés privado al público, constituye una típica excepción a favor del Estado de la regla básica contenida en el artículo 1.124 C.c. por cuanto al particular no le queda, como se ha dicho, el derecho a exigir el cumplimiento "in natura" y deberá conformarse o recibir un equivalente económico y, en definitiva, con la resolución del contrato.

El caso que explicamos es una modalidad de la doctrina de la "conversión obligatoria" con la particularidad de que ésta no se produce mediante ejercicio de poderes explícitos en el contrato por norma o por cláusula; en la situación que estudiamos la potestad que emerge encuentra su amparo en la normativa fundacional del derecho administrativo, uno de cuyos pilares es la primacía del interés público sobre el interés privado. (27)

Obsérvese una vez más cómo la sujeción del Estado al derecho privado es una hipótesis preñada de equívocos y contradicciones. La Administración no está autorizada a realizar actos contrarios al interés general. Tampoco está legitimado el derecho particular para ejecutar su contenido contra la Administración forzando un comportamiento de ésta contrario al bien común. El interés público, se repite una vez más es la causa vivificadora del contrato del Estado y desaparecida la cual debe abocarse éste a su extinción bien utilizando la mecánica contractual bien con apoyo en el ordenamiento jurídico.

b. En los contratos administrativos el "jus variandi" aparece incorporado como cláusula natural de la figura. Habida cuenta de las características del cumplimiento de estos contratos (dilatado plazo de ejecución, prestaciones, específicas de difícil concreción previa, influencia de hechos ulteriores al contrato en la conformación definitiva del bien....) la posibilidad de su modificación se convierte no en una excepción sino en una facultad habitual de la Administración para el buen fin del negocio. Se dijo más arriba que el "jus variandi" encuentra su origen en el contrato de obras, pero no en el contrato de obras del Estado sino en el arrendamiento de obras del Código civil: los artículos 1.593 y 1.594 C.c. admiten implícitamente la facultad del propietario para modificar los planos iniciales e incluso para desistir de la obra. Esta preceptiva del derecho común pasó a los contratos de obras del Estado y de aquí a todas las demás figuras que mantenían una relación de analogía, cual sucede con los contratos de gestión de servicios públicos, de suministros.... al generalizarse el ejercicio del "jus variandi" en estos prototipos contractuales, mediante la repetición de las cláusulas y estipulaciones en los pliegos con este fin, solo restaba que el ordenamiento jurídico -

la regulase con carácter general y uniforme. Esta función la realizó, en suma, la legislación de Contratos del Estado.

En efecto el artículo 18 L.C.E. declara con carácter general que "el órgano de contratación.....podrá modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados...." añadiendo a continuación que "los acuerdos - que dicte el órgano de contratación....en el ejercicio de sus prerrogativas de modificación serán inmediatamente ejecutivos". A continuación este texto legal, fija en los capítulos correspondientes a cada una de las tres figuras - que contempla el alcance de esta prerrogativa cuyos datos comunes y típicos son los siguientes:

- Se trata de una facultad reglada, es decir, que solo puede ejercitarse dentro de los límites previstos en la legislación. Una configuración desmesurada o exorbitante de esta potestad arruinaría la idea de contrato e incluso daría lugar a que la Administración camuflase sus errores de preparación y previsión con apoyo en la referida potestad. Por el contrario debe procurarse una aplicación restrictiva y plegada al fundamento de la potestad: aparición de necesidades nuevas o imprevistas al tiempo de la conformación del esquema contractual.

- El ejercicio del "jus variandi", si origina daños para la empresa colaboradora, deben enjugarse mediante la técnica de la "conversión obligatoria". En otras palabras, debe producirse una indemnidad del colaborador para no infringir ese principio tan citado de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, principio que corta el camino a los sacrificios especiales.

- Si el contrato es administrativo pero no es una de sus figuras típicas, o sea obras, servicios y suministros, y por tanto no hay una normativa que regule el ejercicio de esta facultad de modificación, deberá el órgano

y así lo indica el artículo 11 número 2 R.C.E. incluir - en el contrato las cláusulas pertinentes declaratorias - de la expresada facultad en favor de la Administración. (29)

Nos referimos, en este último caso, a los contratos administrativos especiales que por caracer en el ordenamiento jurídico de un régimen específico es necesario - que el órgano de contratación lo establezca al tiempo de la elaboración del esquema contractual óptimo. Si así no lo hiciese, y salvo que el precitado esquema contenga una remisión en bloque a la legislación de los contratos administrativos, por cuya puerta se podría dar entrada a la - facultad, comideramos que no podría ejercitarse la prerrogativa y nos hallaríamos en una situación análoga a la - más arriba estudiada referente a los contratos privados. (30)

c. Queda por último examinar la potestad de modificación en el ámbito de los contratos públicos.

Si se pondera la gran complejidad de negocios encasillados dentro de este epígrafe se disculpará que no se hagan mayores especulaciones en torno a los mismos. Ya se dijo que esta enunciación de contratos públicos es más de tipo residual que específico; se ha pretendido englobar en la misma toda la variopinta gama de negocios y convenios - voluntarios que celebra la Administración con los particulares y que no tiene carácter privado, civil o mercantil - ni tampoco carácter administrativo.

Así por ejemplo, en los contratos de función pública y en todas aquellas figuras similares que podríamos agrupar bajo el título genérico de actos-condición, la potestad modificadora de la Administración se desarrolla con gran amplitud. En estos casos el acuerdo voluntario Administra---ción-administrados implica una mera adhesión del particu---lar al estatuto reglamentario aplicable a la relaciónjurídica. Piénsese, no solo en el antes mencionado contrato de fundión pública, sino tambien en los supuestos tan numero-

sos de venta de servicios públicos por la Administración, contratos de lotería, apuestas mútuas, acuerdos reglados... cuya característica común es que los derechos del particular se apoyan básicamente en una norma reglamentaria de general aplicación, quedando prácticamente eliminadas todas las estipulaciones y cláusulas de específica definición. Obviamente, y así debe sobreentenderse aún cuando en muchas ocasiones nada digan las disposiciones en vigor, que la Administración queda facultada a modificar la estructura jurídica que sirvió de respaldo al contrato inicial.

Debe pues aceptarse como general la idea de que <sup>en</sup> los contratos de ~~estructura~~ pública, la movilidad del vínculo es más acusada aún que en los contratos administrativos, si bien la prerrogativa de la Administración debe ejecutarse mediante disposiciones de carácter general y no mediante actos de singular aplicación a un solo negocio o contrato. (31)

Es posible señalar algún supuesto que se aparta de la regla general expuesta. Nos referimos, por ejemplo a la conversión de la Deuda pública que encierra en definitiva una novación objetiva de un contrato de préstamo del Estado promovida por la Administración. Pues bien, en el arto. 20 L.A.C. preceptúa que para que el Gobierno pueda ordenar la conversión de cualquier Deuda, ya con carácter voluntario, ya forzoso, necesita estar autorizado por una ley. Quiere ello decir que la Administración por sí sola no puede ejercer el "jus variandi", salvo, entendemos, que se haya reservado expresamente este derecho en las condiciones de la emisión, posibilidad a que no se refiere el precepto que acabamos de citar.

Del mismo modo hay otras figuras de contratos públicos o contratos de derecho administrativo, que no admiten en principio sus normas reguladoras, el juego modificativo en favor de la Administración <sup>y</sup> solo prevén la resolución del contrato por causa de interés público; es decir, que en vez

de buscar la solución intermedia de la novación objetiva con reajuste de las prestaciones y subsistencia del vínculo se adopta la tesis más expeditiva de la resolución del contrato.

4. La interpretación ejecutiva del contrato. La

La interpretación de los contratos del Estado reviste también, distintos matices según que el contenido obligacional esté sujeto al derecho civil o mercantil o al derecho - administrativo. Sin embargo, cabe destacar una coincidencia fundamental: La facultad de la Administración de decidir - caso de disparidad de criterio de las partes en relación - con el reconocimiento de un derecho o una obligación en favor del administrado contratante o, lo que es lo mismo, del ente administrativo, con carácter previo y de modo ejecutivo a la intervención judicial; nos hallamos ante una aplicación del llamado fuero de la Administración que consiste en definir el derecho con carácter ejecutivo en las situació--nes <sup>en</sup> que se halla implicada antes de que conozcan los jueces y tribunales. En el contrato civil puro, como se recordará, ninguna de las partes ostenta facultades para imponer su - criterio a la contraria siquiera sea provisionalmente, pues en este caso el negocio incurriría en vicio de nulidad por así establecerlo el artículo 1.256 C.c.

Esta facultad básica de la Administración se instrumenta en nuestro Derecho de distinta forma según se trate de - contratos civiles o administrativos.

En los contratos civiles, la potestad de la Administración aflora a través del requisito procesal de la reclamación previa al ejercicio de la acción judicial, regulado en el art. 138 y siguientes L.P.A., que debe ser interpuesta por el administrado-contratante caso de que considere - que aquélla se ha desviado en sus actuaciones de lo convenido en el contrato. En efecto, con motivo de la ejecución de un contrato privado del Estado, el administrado-contratando

te puede estimar que sus derechos son conculcados por un presunto irregular comportamiento del òrgano competente de la Administración. Pues bien, el acto administrativo que dicta ésta como final de la reclamación previa, cuya fuerza ejecutiva es indudable, constituye una interpretación de la situación conflictiva denunciada por el particular, interpretación unilateral que se mantendrá viva en tanto no sea derrotada la Administración por la sentencia judicial.(32)

Respecto a los contratos administrativos la facultad de interpretación viene expresamente consagrada en el artículo 18 L.C.E. atribuyéndose al òrgano de contratación que es el que ostenta "la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento", los acuerdos que dicte el òrgano a este respecto "serán inmediatamente ejecutivos". Por lo que se refiere a los contratos públicos entendemos que la facultad de interpretación se instrumenta en base al indiscutible derecho de la Administración a la decisión previa, vía recurso de alzada y reposición contra las cuestiones suscitadas por la ejecución y cumplimiento de cualquier tipo -negocial que celebre la misma.(33)

El carácter de acto administrativo que merece el -- contrato en bloque genera, por ende, una lógica atribución de primacía interpretativa al òrgano autor de aquél. A esta argumentación cabe añadir razones de orden práctico pues no es admisible, por surgir una simple discrepancia entre -- los sujetos del contrato, que quede en suspenso su ejecución hasta que los jueces digan su última palabra. El perjuicio que se ocasionar--ía a los servicios públicos sería muy notable.

¿Qué criterio deberá prevalecer en la interpretación del contrato del Estado?

En el derecho civil, es sabido, luchan dos criterios contrapuestos: el subjetivo, que busca a través de la le-



tra la intención de las partes; y el objetivo, que indaga el sentido autónomo del propio contrato basándose en los usos, las prácticas y el tráfico.

La normativa de nuestro C.c. se basa en la preminencia de la intencionalidad de las partes sobre cualquiera - otra categoría interpretativa incluso la literal. En el -- mundo de los contratos del Estado este factor debe, por el contrario, reputarse de escasa consideración, casi relevante. En efecto, el contrato del Estado es un acuerdo entre dos personas lejanas, desconocidas la mayoría de las veces, que se coordinan mediante el aparato del procedimiento de generación, que es todo el derecho administrativo al igual que el acto de perfeccionamiento. Sería ilusorio buscar ese consenso, esa intención común que dá vida al vínculo al estilo civil. La intención de las partes no emerge espontáneamente sino que se canaliza en un esquema contractual administrativo normado y abstracto al que se somete el candidato. - La voluntad de la Administración se ciñe estrictamente al esquema, primero, y al acto de aprobación despues, que es una típica resolución jurídica. La voluntad privada, en su posición sumisa, no puede modificar la estructura objetivada de aquellos documentos.

Por todo lo expuesto, consideramos que la interpretación de los contratos del Estado debe realizarse, bien por la Administración bien por los jueces y Tribunales, atendiendo preferentemente a criterios jurídicos y objetivos, - investigando la voluntad que emana del documento mismo y - sus normas complementarias, con apoyo en los criterios gramatical, lógico y sistemático que constituyen los pilares de la interpretación jurídica.(34)

Al lado de estos criterios objetivos estimamos muy adaptado al ser de los contratos del Estado, basados en la adhesión, la colaboración y el precio justo, una regla deducida de la doctrina combinada de los artículos 1.288 y 1.289 C.c. : que la obscuridad de las cláusulas contractuales, -

que han sido elaboradas por la Administración, debe resolverse buscando el equilibrio de intereses en que estaba cimentado el contrato, al objeto de que ninguna parte se enriquezca a costa de la contraria con motivo de la interpretación.

Por último, si no obstante la aplicación de los anteriores criterios y los que de modo supletorio consagra el derecho privado, subsiste una duda razonable sobre el verdadero sentido del documento parece que debe aceptarse, en principio, por el órgano de la Administración e incluso - por los jueces y Tribunales, el camino interpretativo que sea más conforme con el interés general.(35)

### III. LA REVISION DEL CONTRATO DEL ESTADO POR ALTERACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS ECONOMICAS.

#### 1. El planteamiento civil.

La teoría de la revisión de los contratos por alteración de las circunstancias, que se resume en la famosa máxima "clausula rebus sic stantibus" constituye ante todo una señaladísima excepción a esa otra regla también fundamental - "pacta sum servanda" que es donde se asienta toda la institución: si acontecimientos ulteriores e imprevisibles al tiempo de la celebración determinan que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso para una de las partes, la perjudicada podrá pedir a la contraria, en base a esta cláusula que se presume implícita en todos los contratos continuistas, la modificación del compromiso e incluso la resolución del mismo.(36)

Busca en suma esta institución el restablecimiento -- del equilibrio de intereses que rigió al tiempo de la celebración y que fué el querido verdaderamente por las partes; donde no hay conocimiento intelectual no puede haber consentimiento jurídico. El fundamento de la revisión es, por tanto para el derecho civil, subjetivo: ausencia de un consen-

timiento válido y jurídico de la parte perjudicada respecto a los hechos posteriores a la celebración, más allá del cálculo humano y culpables de la ruptura. Pero también objetivo, la necesidad de que el cumplimiento de la "lex contractus" no dé lugar a quiebras de los mandatos de la justicia y de la equidad que deben triunfar en todas las relaciones humanas y sobre todo en las económicas.

La teoría de la "cláusula rebus sic stantibus" da por supuesto que el contrato es producto de unas circunstancias fácticas y previsiones intelectivas determinadas, en las - cuales reposa la voluntad jurídica que dedprendida de aquellos soportes pierde su eficacia. De aquí que en el derecho civil la aplicación de la cláusula lleve consigo ordinariamente la resolución del contrato. Este esfuerzo, en fin, por humanizar el derecho por los dictados de la justicia parece contrario al mantenimiento de un vínculo contrario a la -- equidad. (37)

Nuestra jurisprudencia ha recibido la institución en nuestro derecho civil de forma claramente restrictiva ya - que nuestro principal código, a diferencia de algunos apéndices forales y de legislaciones extranjeras, no admite expresamente la aplicación de la misma. La sentencia T.S. de 14 de diciembre de 1940 conceptúa la cláusula "tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa", criterio restringido que debe ser tenido en cuenta, "en ausencia de una norma general y bien perfilada". Esta línea interpretativa prevalece en la jurisprudencia civil posterior de forma que la revisión de los contratos en el derecho privado no tiene otro camino práctico que la inclusión de cláusulas expresas establecidas por las partes con esta intención; o la promulgación de leyes reconociendo excepcionalmente este beneficio como sucede en el contrato de arrendamientos urbanos. Todo esto es conseduencia, en fin, de la escasa - trascendencia que en nuestro ordenamiento jurídico siempre ha tenido la equidad como fuente de derecho, habida cuenta

la primacía absoluta de la norma positiva en la estructura de aquél .

## 2. El planteamiento en el derecho administrativo.

En el derecho administrativo el teorema está encajado bajo el título, acuñado por el Consejo de Estado francés, en su conocido arrêt de 1916 Gaz de Bordeaux, "Doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible", que ha sido calificada por algún autor de "pieza maestra de jurisprudencia de todos los tiempos y países" y que se ha enriquecido posteriormente con aportaciones doctrinales muy relevantes. (38)

La hipótesis de trabajo se ciñe a los contratos continuistas celebrados a precio cierto, sin incluir cláusula de revisión, ni estar amparados por normas jurídicas que permitan este beneficio.

Lo genuino de esta doctrina, cuyos fundamentos se basan tanto en la equidad como en la conveniencia del servicio público, se puede situar en el énfasis que se otorga al dato de la imprevisibilidad del hecho capaz de legitimar el ejercicio de una acción revisora, por convertir en excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación para el particular contratante; no basta la alteración de las circunstancias que sirvieron de entorno al mútuo consentimiento, que arguye como fundamento de la revisión la doctrina de la "cláusula rebus sic stantibus", si estas alteraciones pudieron y debieron preverse por las partes al tiempo de la celebración. Es necesario que surja un hecho de imposible previsión que acarree un exceso de onerosidad en el cumplimiento del contrato.

Se parte de la idea de que los individuos, cuando contratan a precio cierto, deben soportar el futuro y asumir todos los riesgos susceptibles de calcular en la operación, riesgo que según enfoques tradicionales constituye justamente el fundamento del beneficio que se espera obtener de la misma. Sin embargo, según la doctrina de la previsión enunciada, si

sobrevienen acontecimientos más allá de la inteligencia humana, quedan al margen del contrato, y no es equitativo que solo una de las partes soporte el paso de sus consecuencias económicas. La analogía del hecho imprevisible con el caso fortuito y su efecto exonerador del cumplimiento de las obligaciones, según el artículo 1.105 del Código civil es a todas luces evidente. Los desequilibrios monetarios se calificarían, siguiendo la doctrina francesa, de hechos insólitos o casos fortuitos, que irrumpen en la ejecución de un contrato agravando su cumplimiento de forma injusta y que cuando adquiere cierto grado de intensidad, justifica, excepcionalmente, la revisión de las condiciones económicas.

Sin duda, en la gestación de la doctrina del riesgo imprevisible pasó de forma considerable el enunciado del contrato civil clásico, muy coherente con la sociedad liberal burguesa tan amante de la seguridad jurídica, cuyo esquema ideal económico se situaba en la moneda metálica operando en un mercado de competencia con valores y rentas estabilizados; si, excepcionalmente, este equilibrio era perturbado por la inflación ello significaba una patología monetaria - esporádica y pasajera que, una vez superada, devolvería el nivel de precios a la deseable quietud. Sobre este paisaje es fácil comprender que las premisas del "pacta sum servanda", de la "lex contractus". del "precio nominalista cierto" y del "riesgo y ventura" no debían ceder un ápice de su rango de axiomas generales. El contrato envolvía una transacción patrimonial, derivada del dominio, cuya mejor virtud era la seguridad jurídica que brindaba para las partes, la fijeza del vínculo.

Ello explica la exquisita ponderación que, en cada supuesto, realiza la jurisprudencia del Consejo de Estado, y el carácter excepcional que se advierte en la formulación de los requisitos aplicativos de la doctrina, tal como nos los brinda LAUBEDERE, muy medidos y concretos, para que --

prosperare la acción de revisión, a la que otorga naturaleza extracontractual.(39)

### 3. Crítica de la doctrina del riesgo imprevisible.

Resuelta quedaría la cuestión en estos precisos términos, y poco podríamos añadir a lo mucho escrito por los autores, si no fuese porque en el campo de lo contractual del Estado están influyendo cada vez más sobre el pensamiento administrativo los principios de colaboración, precio - justo y racionalidad cuya aplicación práctica deberán propiciar un notable giro en el enfoque del tema. La doctrina del riesgo imprevisible es, sin duda, una valiosa construcción jurisprudencial, pero aplicada al fenómeno inflacionista, tal como se presenta en la economía actual, la estimamos insuficiente. Ya es tarde, en nuestro país, para la creación judicial de una progresiva interpretación doctrinal y es preciso acudir a la fuerza del Derecho. El derecho administrativo deberá tener presente, en consecuencia, una gama más amplia de consideraciones al afrontar el problema que la dialéctica equidad-seguridad jurídica que lucha sutilmente en la doctrina del riesgo imprevisible y que, por ende, solo permite soluciones de excepción y compromiso.

A este respecto, es preciso insistir, que una de las ideas más claras que inspira el movimiento socializador - del contrato es evitar, con auxilio de la norma, que el conflicto de intereses que envuelve este instrumento formidable de la convivencia puede degenerar, por la desigualdad del poder o de conocimiento o de necesidad de los individuos, en situaciones jurídicas injustas o contrarias a la debida reciprocidad, causa motora de la comunicación interpersonal de bienes y servicios. Otra de las ideas que no es posible olvidar hoy es la figura de la inflación como dato habitual de los procesos de desarrollo cuya realidad es - preciso aceptar, no como un hecho insólito, imprevisible o

de excepción, sino como un componente fatal y variable de nuestras bases socio-económicas cuyas secuelas perturbadoras, en todos los órdenes, deben ser meticulosamente estudiadas y científicamente resueltas mediante mecanismos de seguridad incorporados al propio sistema jurídico-económico. (40)

Ninguna de estas consideraciones alberga, ni podría albergar por los años en que se gestó, el pensamiento de la doctrina del riesgo imprevisible. Olvida, también, al formular el requisito de la "excesiva onerosidad" que cuando las alzas de precios se localizan en una situación contractual determinada el empobrecimiento del acreedor monetario se corresponde, mediante relación de causa a efecto, con el enriquecimiento en la misma medida del deudor dinerario o acreedor de los bienes y servicios revalorizados. Para nosotros, lo importante es, justamente, esa interdependencia entre el sujeto pasivo y el sujeto activo de la inflación que reputamos más trascendente, en su aspecto jurídico, que la presencia de una "excesiva onerosidad" que deba ser aliviada por razones de equidad. Ese peligroso desplazamiento gratuito de riqueza entre las partes, ese empobrecimiento y enriquecimiento injusto que tiene lugar entre dos individuos -- iguales es antijurídico, porque carece de causa legítima, -- es antieconómico, porque desbarata los planteamientos racionales en busca de un justo lucro, y es antisocial porque -- distribuye la riqueza nacional de forma caprichosa.

Por estas y otras razones semejantes los administrativistas modernos adoptan posiciones muy amplias y liberales en el problema que nos ocupa. FORSTHOFF, por ejemplo, afirma que "Mientras que en el derecho civil las cláusulas "rebus sic stantibus" se limita a casos excepcionales, en el derecho público debe reconocérsele una aplicación extensiva"; ZWAIEN, por su parte, indica que la expresada cláusula "debe recibir en los contratos administrativos una inter

pretación extensiva en atención a las exigencias del fin de interés general, propio del contrato". Entre nosotros ARIÑO puntualiza que "su reconocimiento en los contratos administrativos debe ser amplio y general". Y a estas citas podríamos añadir muchas más. (41)

Desde nuestro punto de vista, es obvio, que en lo contractual del Estado, la inspiración del interés público debe ser la única válida, porque la problemática no es solo un pleito de dos contratantes, como en el derecho civil, sino de tres, ya que el nombrado interés público se nos presenta como árbitro preponderante de la cuestión. - Y para saber lo que conviene al interés público es imprescindible meditar en base a los tres principios rectores, de colaboración, precio justo y racionalidad, que hemos definido como maestros para comprender la problemática en el momento actual.

El clima de colaboración que debe existir en los -- acuerdos voluntarios Administración-administrados, como -- se dijo en otro lugar, parece rechazar un montaje contractual que implique una asunción de riesgos desmesurados -- por el particular; por el contrario, al ente público le -- conviene constituirse en asegurador nacional de los riesgos de fuerza mayor, en vez de hacerlos pesar sobre las -- ofertas privadas, que resultarían encarecidas en porcentajes globalmente superiores. Además, en el caso concreto del riesgo inflacionista, la asunción de este peligro por el colaborador a precio fijo le forzaría a realizar una oferta en alza, para cubrirse de los mayores gastos futuros, lo -- que anticiparía y aceleraría la desvalorización monetaria. Esto es, que, en líneas generales, y salvo contratos de limitado precio y plazo, se reputa más oportuno para el interés del Estado que los factores difícilmente previsibles -- para el cálculo humano sean de su cargo, de forma que la -- obtención del beneficio por el particular o empresa contra



tante no se haga depender del azar o de eventos difusos, - sino de la puntual ejecución de una actividad industrial o de servicios para la Administración. (42)

Resultad de este planteamiento es que el monto de - beneficios del colaborador debe aceptar un peculiar enfo-- que. El contrato del Estado no puede ser oportunidad para la obtención de pingües beneficios sino digna ocasión para los administrados de participar interesadamente en las tareas p' públicas, ganando una justa y segura compensación por su actividad. Por otra parte, si se dejase una gama de riesgos - importantes, entre ellos el de inflación bajo la responsabili- dad del particular, con el amplio margen de error de bene- ficios o pérdidas que para sectores concretos envuelve el - cálculo en la inestabilidad económica que vivimos, amén del encarecimiento general antes dicho, aumentaría el peligro de incumplimiento y, por ende, de perturbaciones en el fun- cionamiento regular de los servicios públicos. Y, en fin, en un sistema económico tan intervecionista como el español las - alzas de precios revisten en muchas ocasiones el rango de - "factum principis" cuyas secuelas en los contratos pendien- tes no pueden jurídicamente ser rehuidas por la Administra- ción.

La noción de precio justo en lo contractual del Esta- do excluye, por antonomasia, como anticipamos más arriba to- do enriquecimiento o empobrecimiento de la Administración - en sus contratos, por socavar el principio de igualdad de - cargas y de beneficios de los ciudadanos ante aquélla. La - noción de precio justo es un óptimo económico en cada con- trato cuyo hallazgo es, ciertamente, complejo. La Universi- dad libre de Bruselas, organizó en 1971 un coloquio interna- cional bajo el epígrafe "Marchés publics et juste prix" pa- ra esclarecer este difícil dilema cuya definición filosófi- ca se atribuye a Santo Tomás de Aquino. Con el propósito de simplificar podemos enunciar el precio justo como el precio real o valor ordinario en dinero que los bienes y servicios

van teniendo periódicamente en un mercado competitivo perfecto. Es decir, que el precio justo, en los contratos continuistas coincide o debe coincidir, en principio, con el precio cierto contractual, expresado en forma nominal, - pues su fijación es el fruto de unos procedimientos de adjudicación que buscan esa correspondencia. Si la Fluctuación monetaria ulteriormente origina un conflicto en el binomio precio contractual-precio justo es forzoso resolverlo en favor de este último, para evitar esos desplazamientos de riqueza no ganada entre la partes. El requisito del precio justo implica una superación del nominalismo de nuestros respetables códigos y actúa a modo de constante vitalizadora de la situación jurídica contractual.(43)

Por último, el principio de racionalidad nos exige el análisis científico del supuesto estudiado, a la luz que proyectan las reglas de colaboración y precio justo, con el objeto de extraer unas reglas jurídicas o normas de conducta para la Administración en sus contratos, Todo ello aconseja reflexionar sobre los sistemas más idóneos en cada caso para la concesión del precio justo, en función del reparto de riesgos que se produce en las distintas figuras negociales, a los fines de decidir la fórmula técnica más idónea para la estabilización de los intereses en juego. De lo que se trata, hablando en términos de Derecho, es de constituir una nueva seguridad jurídica fijando con acierto el procedimiento para la liquidación de esa "actio restitutio" por moneda perjudicada que nace del propio seno del contrato, en base a los defectos estructurales del sistema monetario nacional, y cuyo contenido económico puede determinarse bien por el pacto o bien por la fuerza de la Ley. A este respecto nuestro punto de vista es claro: El teorema que nos preocupa lo reputamos de orden público y no debe quedar relegado a la libertad de pactos sino a la sabia contemplación del Derecho.(44)

En suma, el tema de la acción de revisión de precios de los contratos del Estado, por alteración de las circunstancias monetarias en que se asentaba su celebración, adquiere, para nosotros, rango de interés general. De aquí, según nuestra opinión, que corresponda al derecho positivo, y no a las previsiones de los pactos contractuales ni al conocimiento judicial, la búsqueda de las soluciones más adecuadas en cada negocio para garantizar un precio justo estabilizado que corte el paso a plusvalías o minusvalías no merecidas y, simultáneamente, perjuicios para el interés público.

4. Las soluciones en los distintos tipos de contratos del Estado.

Comenzando por el grupo de los contratos privados del Estado, cuyo mejor exponente son los patrimoniales, ningún precepto sorprendemos en su legislación privativa que se ocupe de la incidencia monetaria que estudiamos. Ciertamente es que el contrato patrimonial es ordinariamente de consumación instantánea y la carencia de un plazo de ejecución -- orilla de por sí el problema, pero, incluso en los de tracto sucesivo, como el arrendamiento de fincas urbanas por el Estado la legislación administrativa no alude a la revisión de precios, por lo que debe entenderse que el tema se relega a la libertad de pactos, con el alcance permitido, por el derecho civil, en este último caso, la vigente Ley de Arrendamientos urbanos. A este respecto es digno de señalar, que es pacto habitual en los contratos de arrendamiento de fincas en favor del Estado la inclusión de una cláusula de revisión de precios de acuerdo con el índice de coste de vida idéntica a la que suele lucir en los arrendamientos entre particulares. La aceptación de la cláusula nos parece, por supuesto, medida justa y realista pero no así el tipo de índice utilizado porque el de coste de la vida no estabiliza la ecuación real del contrato. En los --

arrendamientos urbanos parece más oportuno no utilizar como regulador el índice sectorial del costo medio de la propiedad urbana. Los índices revisores deben ser los más idóneos a la naturaleza económica de la prestación contractual;

La aceptación en bloque del derecho privado para la regulación de los efectos de las transacciones patrimoniales, al igual que otras de tipo comercial y financiero de la Administración pública, no debe sin embargo impulsar a sus órganos a una conducta radicalmente egoísta, propia de los particulares, aún cuando en este tipo de contrato está primordialmente en juego el interés económico del Estado. Las reglas de colaboración, precio justo y racionalidad deben ser parte integrante del razonar de todo ente público. Esto es, que la aplicación de la "cláusula rebus stantibus" en estos contratos privados debe ser admitida o redemandada por la Administración, cuando haya lugar, siempre que se den los supuestos que la doctrina expuesta defiende.

Es en el grupo de los contratos administrativos, generalmente de tracto sucesivo, y en los que está en juego no solo un interés económico sino además el funcionamiento regular de un servicio público, donde el derecho positivo -- nos ofrece una gama de soluciones más interesantes. La filosofía de la evolución legislativa en este tema, durante el presente siglo, podría resumirse afirmando que arranca desde una rotunda posición negativa a la revisión de precios, basada en los axiomas civilistas del precio cierto y del riesgo y ventura a cargo del empresario a soluciones cada vez más amplias y racionales ante el hecho de las fluctuaciones monetarias.

El primer jalón lo marca el Pliego general de condiciones para la contratación de obras públicas, aprobado por R.D. de 13 de marzo de 1903 en cuyo artículo 43 declara de modo terminante que "el contratista no podrá, bajo ningún pretexto

de error u omisión, reclamar aumento de los precios fijados en el cuadro correspondiente del presupuesto". El triunfo del precio cierto es absoluto, obligándole al contratista a asumir el riesgo de las alzas y a verificar la oportuna previsión en su oferta.

La influencia del artículo 1593 del Código civil en la redacción del precepto administrativo es notoria pero debemos añadir que esta declaración armonizaba, además, perfectamente con el derecho financiero clásico una de cuyas reglas básicas era el carácter limitativo de los créditos presupuestarios; el concepto de precio cierto civil, que eliminaba toda la incertidumbre en los compromisos económicos del Tesoro, resultaba muy útil en una ortodoxa gestión del presupuesto.(45)

Pero como se dijo en otro lugar la tesis privada del precio cierto es eficaz en un mercado ordinariamente estabilizado, o afectado por bajas tasas de fluctuación. De aquí que al lado de las reglas generales hayan ido surgiendo en la evolución histórica, esporádica pero sistemáticamente, disposiciones administrativas de excepción concediendo a los contratistas, al margen de la rotunda declaración del Pliego general el derecho a la revisión de precios o bien a la rescisión de los contratos en marcha, que son las dos soluciones históricamente manejadas por la Administración para resolver el dilema. Estas disposiciones excepcionales, inspiradas en la doctrina del riesgo imprevisible nos aparecerán como actos graciabiles y extracontractuales de la Administración, pero en el fondo está siempre presente una idea de justicia contractual y una razón de conveniencia para la continuidad de las obras y de los servicios públicos.(46)

La primera norma revisionista la constituye el Decreto ALBA de 31 de marzo de 1917, seguido de un conjunto de disposiciones complementarias, que trataron de paliar los desequilibrios monetarios producidos por la gran guerra en nues

tro país, y en los que se barajan las dos soluciones apuntadas de revisión y rescisión. Los Decretos de 26 de octubre de 1939 y de 30 de julio de 1940 establecerán ulteriormente compensaciones en favor de los contratistas para paliar los desajustes económicos producidos como secuela de la guerra civil. Años más tarde la Ley de 17 de julio de 1945 establecía, con carácter transitorio un mecanismo de revisión de precios alterados profundamente en aquellas fechas por causa - de la segunda guerra mundial, norma que había de permanecer vigente hasta 1955, año en que se suspendió la aplicación - de la misma por entenderse superadas las dificultades monetarias.

Sin embargo, la acusada inflación que soportó el país, años despues, forzó la promulgación del ~~Decreto~~-ley de 18 de enero de 1957 que autorizó, por una sola vez, la revisión - de precios pero que no podía, obviamente, ser la última, habida cuenta la inestabilidad de nuestra economía con posterioridad a los años de rigurosa estabilización. De forma - que, en otra coyuntura difícil, llegaba al Boletín Oficial el Decreto de 22 de mayo de 1963 que concedía, también por una sola vez, compensaciones económicas a los contratos de obras pendientes de ejecución e incluso el derecho a la rescisión sin pérdida de fianza.

Este Decreto constituía el final de un modo de actuar administrativo casuístico, discrecional e inadecuado para una economía nacional que progresaba y se racionalizaba en un entorno inflacionista, acompañante habitual. Resultaba necesario llegar al establecimiento de un sistema que fijase con carácter permanente un mecanismo revisorio de precios en los contratos de obras y que diese seguridad a los planteamientos empresariales. El Decreto-ley de 4 de febrero - de 1964 vigente en la actualidad, nace con estos propósitos y su aplicación ha sido bastante satisfactoria, no obstante las crisis económicas que se vienen produciendo periódicamente.

camente.

El Decreto-ley autorizaba con carácter indefinido, a los órganos de contratación, para la inclusión de cláusula de revisión de precios en los contratos de obras de cuantía superior a 5 millones de pesetas. La cláusula de revisión es bilateral y trata de captar, por tanto, las fluctuaciones de precios en ambos sentidos que inciden en la construcción. Se compone de una fórmula polinómica, cuyos sumandos, correspondientes a los tantos por cientos del factor mano de obra y de los materiales básicos en cada tipo de obra, oscilan mensualmente en función de las alzas o bajas que acusan los índices oficiales de precios que elabora, mediante consultas sistemáticas al mercado el Comité Superior de Precios, integrado en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y que aprueba el Gobierno. La cláusula de revisión de precios es, en definitiva, una "cláusula índice de escala móvil" las cuales "persiguen, sobre todo, como indica HERNANDEZ GIL, que el movimiento de los precios, al repercutir de una manera global, produzcan un equilibrio en la relación contractual."(47)

Conviene advertir, que el sistema revisionario no pretende la indemnidad plena de las alzas de precios en favor del contratista. No llega tan lejos. Solo pretende paliar en parte las consecuencias de las mismas en los contratos en marcha. De aquí que luzcan en el Decreto-ley diversas limitaciones - al monto total por revisión: el primer 20 por 100 de obra ejecutada se abona con arreglo a los precios iniciales para estimular la rápida iniciación de los contratos; el beneficio industrial del 15 por 100 no se revisa, porque no es coste directo; y de las alzas o bajas producidas se deduce el 2,5 por 100 como prima de riesgo ordinario de las partes. - Con todo ello el Decreto-ley pretende un cierto reparto de las secuelas de la fluctuación entre Administración y contratista, y al tiempo que éste no se solidarice con las tensio-

nes alcistas, actitud que adoptaría si la primera le garantizase una total indemnidad en los movimientos de precios.

El gran mérito del sistema vigente, aparte los defectos que también contiene, es el de haber racionalizado y sectorizado las consecuencias de las fluctuaciones de los precios - en los contratos de obras. El juego vivo de las fórmulas polinómicas nos explicarían el por qué y el cuanto de la revisión en cada contrato de obras desvelándonos ese misterio - de las alzas o bajas que se producen en un clima nebuloso.- Si se dotase a todo el tráfico económico de estas válvulas de precisión insertas en las relaciones costes-precios, públicamente fiscalizables, se opondría un freno técnico a la generalización de la inflación impulsada por los movimientos de precios oportunistas o de ventaja.

Las inquietudes en el tema no han parado con la disposición comentada y los puntos de vistas favorables a una revisión integral de los contratos continuistas han proseguido - su avance, no obstante la promulgación de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, en cuyo artículo 12 - declaró al precio cierto de requisito esencial de los contratos del Estado, remitiendo, además, a la "legislación especial" el tema de las revisiones de precios, lo que implica calificarlo de cuerpo extraño para el ordenamiento general.

Fué, justamente, la ley de reforma de la de Contratos, de 17 de marzo de 1973, la que inicia el criterio extensivo, mediante la nueva redacción dada al artículo 84, que amplía de forma indirecta al contrato de suministro los beneficios de la revisión de precios en los términos establecidos en el Decreto-ley de 4 de febrero de 1.964 que, seña dicho, solo estaba previsto para el contrato de obras.(48)

Posteriormente, una encuesta realizada en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en torno al Decreto-ley, a los diez años de su promulgación, entre los órganos



de contratación del Estado, puso de relieve la conveniencia de reconsiderar la mecánica jurídica del derecho a la revisión, que no debe nacer de una estipulación especial incluida en algunos Pliegos, según criterio de la Administración, sino de una norma a promulgar que reconozca este derecho a los contratistas. Del mismo modo se opinó que deben reconsiderarse las limitaciones vigentes sobre el importe de revisión de modo que los licitadores realicen una previsión mínima, consiguiéndose una mayor adaptación del precio contractual a los vigentes en el mercado. En esta línea expansiva el Decreto 1757/1.974, de 31 de marzo regula la revisión de precios de los contratos de obras de las Corporaciones locales, siguiendo el modelo de los del Estado, que hasta esa fecha se guían sujetos a la premisa del precio -- cierto.(49)

Un contrapunto de la tendencia general lo significa -- el Decreto de 4 de abril de 1.974, regula los contratos administrativos de asistencia con empresas consultoras o de -- servicios cuyo artículo 6 prohíba la inclusión de cláusula de revisión de precios, si bien con el claro propósito de -- que estos convenios contengan plazos de corta duración y no se conviertan los consultores en una plantilla oficiosa de la Administración.

La doctrina administrativa muestra, por su parte, su preocupación por las injusticias contractuales que genera -- la fluctuación monetaria. Merece a este respecto comentarse un dictámen emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Con motivo de las importantes alzas de precios acaecidos en el bienio 1973-1974 se presentaron ante diversos órganos de la Administración numerosas solicitudes de contratistas y suministradores, en cuyos contratos no lucían cláusulas de revisión de precios, solicitando, por razones de -- equidad, una compensación por estas alzas imprevisibles, ya

que el cumplimiento de lo convenido les originaría sacrificios excepcionales. Es evidente que la Administración no podía ni debía acceder a estas peticiones singulares, puesto que al no contener cláusulas de revisión expresa constituirían pagos del Tesoro graciables y contrarios a los Pliegos que habían servido de fundamento a la licitación.

Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que tuvo que informar estas peticiones sentó en sus dictámenes de 12 de julio de 1974 y de 26 de noviembre del mismo año una progresiva doctrina para paliar la injusticia que representaba el exigir a ultranza el cumplimiento en sus propios términos de la obligación contractual: - "La Administración contratante, dicen los expresados informes, no puede desconocer, atrincherada en su propio régimen jurídico los sacrificios desmesurados que las alzas de precios imponen a los empresarios que contrataron a precio cierto sobre la base de una razonable previsión de evolución económica. Cuando esta evolución rompe los moldes de la normalidad, las alzas inesperadas surgen en el mercado, y el cumplimiento del contrato exige a la empresa pérdidas o sacrificios desproporcionados, la Administración debe estar dispuesta a considerar las peticiones de las empresas, si no para la modificación de las condiciones económicas, - sí para la resolución del contrato de mutuo acuerdo, sin pérdida de fianza, de acuerdo con lo preceptuado en el núm. 7 del artículo 272 y concordantes del Reglamento General de Contratación".

La Junta brindó, pues, como salida honorable de la situación injusta la única posible que permite el derecho positivo interpretado de forma progresiva. Lo que de ningún modo podía reconocer, sin arruinar todo el sistema positivo de revisión de precios basado en las cláusulas expresadas en los Pliegos, era una compensación económica - al margen del contrato adjudicado con publicidad y concurrencia.

El mérito, no obstante, de este dictámen es el haber reconocido, por primera vez, según creemos, en la vía administrativa, el derecho de un contratista singular a la resolución de un contrato por razones de equidad. Hasta entonces este derecho había sido concedido mediante disposiciones administrativas, de carácter general y de vigencia determinada o en alguna señalada sentencia del Tribunal Supremo.

Todo lo expuesto sobre el contrato administrativo nos permite hacer a modo de resúmen, una afirmación: El precio cierto en su concepto clásico ha sido superado. Corrientes de opinión muy sólida se pronuncian, meditando desde distintos ángulos, en favor de los precios indiciados o móviles -- que mantengan en el tiempo de ejecución la equivalencia -- real del contrato.

Aludámos, por último, al grupo de los contratos públicos, integrado por figuras tan heterogéneas de negocios y acuerdos voluntarios de Administración-administrados. Es lógico que nuestro Ordenamiento no contenga una normativa que pueda glosarse, aún cuando sí cabe afirmar como idea general deducida del exámen de la casuística positiva, que el acople de las condiciones económicas de los contratos públicos continuistas a las fluctuaciones monetarias se verifica normalmente mediante decisiones libres y discrecionales de la Administración, consecuencia todo ello de la preponderancia en estos casos de la situación jurídica reglamentaria -- sobre la situación contractual. Al no respetarse sistemáticamente la ecuación real de estos acuerdos el precio, muchas veces articulado en forma de tasas, merece la consideración de público, e incluso político.

Un buen ejemplo lo brinda la venta de servicios públicos por la Administración cuyas tarifas se mueven, ordinariamente, al margen de una sistemática rigurosa. En particular queremos aludir al importante contrato de función pública

ca que, no obstante flotar en el régimen jurídico de la relación de empleo, según denominación consagrada por el artículo 1 de la Ley articulada de Funcionarios civiles huyendo de la palabra contrato, los principios de colaboración, justicia en la remuneración y racionalidad del sistema, no encontramos una mecánica revisora que garantice el poder adquisitivo de los sueldos funcionariales ante las fluctuaciones monetarias, pacto básico, por el contrario, en los convenios colectivos laborales. Ciertamente es que el artículo 7 de la Ley de 24 de julio de 1974 <sup>prevé</sup> la modificación del sueldo de los funcionarios a partir de 1976, pero el montante de esta revisión no se basa en una fórmula automática, dependiente de los índices de desvalorización monetaria, razón por la cual la decisión se moverá en el terreno de lo discrecional y se hará depender, parece lógico pensar, de razones de política económica general extrañas al contrato de función pública.

entre muchos  
He aquí un ejemplo de como la conversión de los efectos de un acuerdo de voluntades Administración-administrados en situación jurídica reglamentaria, implica un debilitamiento de la posición del colaborador privado. (51)

#### IV. LA EXTINCION DEL CONTRATO DEL ESTADO; CAUSAS

##### 1. Causas de extinción.

Entendemos por causas de extinción al conjunto de hechos jurídicos caracterizados porque ponen fin al vínculo obligacional contraído por las partes. La extinción del contrato es, por ende, todo lo contrario a la perfección del mismo pues así como ésta crea la recíproca obligación, aquélla determina la desaparición de la situación jurídica Administración-administrado y la liberación de los contratantes.

En nuestro derecho civil se dedica mucha atención al

problema de la extinción de la obligación (art. 1.156 C.c. y ss.) y muy escasa a la extinción del contrato en general; decimos general porque en muchas figuras contractuales (Sociedad, mandato...) existen preceptos específicos para el fenómeno de la extinción. Las preocupaciones de los civilistas se ciñen en este campo a los casos patológicos, esto es, a las causas de invalidez del vínculo que aún cuando determinan efectivamente una extinción anómala de la relación jurídica, no agotan todos los motivos que pueden dar lugar a la desaparición del compromiso contraído. (52)

La extinción de los contratos del Estado pueden clasificarse en los siguientes grupos:

A. Cumplimiento normal de las obligaciones contraídas por las partes.

B. Declaración de invalidez por estar afectado el contrato de un vicio de nulidad.

C. Resolución de un contrato válidamente celebrado por alguna causa ulterior a la celebración.

D. El mutuo acuerdo de las partes o contracontrato.

## 2. Cumplimiento normal del contrato. (53)

Esta causa de extinción no patológica implica la correcta conclusión del contrato, o sea, la entrega de los bienes, la feliz ejecución de la obra, la prestación satisfactoria de los servicios.... y, en fin, la plena satisfacción de los compromisos mutuos.

Ninguna particularidad advertimos en la conclusión de los contratos patrimoniales a este respecto. Habida cuenta su carácter instantáneo habitual el contrato se agota con la entrega de la cosa adquirida por la Administración o el administrado, según los casos, seguida de la formalización notarial e inscripción en el Registro de la Propiedad. Las responsabilidades ulteriores del vendedor por evicción y -

saneamiento se regularían por lo previsto en el C.c. En los demás contratos patrimoniales de tracto sucesivo y en los otros de derecho civil y mercantil no es posible captar en el ordenamiento matices peculiares. (54)

Todo lo contrario sucede en los contratos administrativos típicos pues en su legislación privativa hallamos -- particularidades dignas de mencionar. Cabe resaltar, ante todo, el formalismo que rodea al acto de extinción y deliberación de la empresa así como las garantías complementa--rias que se establecen para asegurar que las obras, servi--cios y suministros se han ejecutado de acuerdo con lo con--venido; sin olvidar la existencia de plazos de garantía una vez consumado el contrato para confirmar que los bienes reunen las condiciones funcionales previstas. Véanse a este -- respecto los artículos 54, 78, 94 y concordantes de L.C.E.

La conclusión del contrato administrativo (no se olvide su estructura: tracto sucesivo, prestación específica, Administración pagadora) tienen una trascendencia jurídica muy definida: la extinción de los derechos de la Administración y de las recíprocas obligaciones del administrado-contratante. Las formalidades y acuerdos que prevén las leyes en estos casos tratan justamente de evitar que se finiquite la situación jurídica sin haberse agotado los derechos contractuales de la Administración o, lo que es igual, que el administrado-contratante perciba el precio sin haber él cumplido sus obligaciones conmutativas en los contratos de pasivo; o, inversamente, que la Administración entregue la cosa o realice los servicios sin haber percibido el precio o tasa correspondiente. (55)

Respecto a los aludidos contratos de pasivo ya se -- vió más arriba la regla que luce en el proyecto de Ley general Presupuestaria, art. 44, actualmente pendiente de -- aprobación en las Cortes, conforme a la cual "el pago no -- podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantiza--do su correlativa obligación". En los contratos de activo.-

el cumplimiento de la obligación administrativa suele ser tambien ulterior al cumplimiento de la obligación de pago por parte del administrado-contratante.

Estas mismas ideas suelen ser válidas en el área - de los contratos públicos en general y cabe citar, por vía de ejemplo el pago a los funcionarios por meses vencidos,- el abono de precios y tasas antes de que la Administración nos preste el servicio como sucede en el contrato de Correos contrato de enseñanza oficial.... Sin embargo, hay tambien - casos en los que el cumplimiento es simultáneo (arrendamientos de bienes para oficinas públicas, compra de bienes patrimoniales....) e incluso previa a la prestación de la Administración (reconocimiento provisional de beneficios fiscales en la acción concertada).

Es tal el cúmulo de garantías que rodea al contrato del Estado en los tres actos o etapas de su biología, que el cumplimiento ~~normal~~ del contrato es la forma normal de extinción del mismo en el ámbito público.

### 3. Nulidad del contrato.(56)

La nulidad de los contratos del Estado puede ser debida a causas basadas en el derecho administrativo y causas basadas en el derecho civil:

A. Causas basadas en el derecho administrativo.- Conviene repetir lo que se dijo en otro lugar sobre la naturaleza y alcance del derecho administrativo, que lo hemos definido como el estatuto orgánico y funcional de la Administración pública que es, para nosotros, el conjunto ordenado de los administradores públicos; y éstos a su vez meros ciudadanos investidos de poderes y competencias por mandato de la Ley. La potestad contractual es por ende una potestad de tipo legal.

Consecuentemente, si la Administración no respeta en su proceder el aparato de normas que la legitima el acto -

deviene viciado jurídicamente; o lo que es igual, no se ha producido un consentimiento válido de la Administración - por culpa de la desviación cometida por una de sus autoridades o funcionarios.

Son aplicables a este respecto los artículos 47 L.P.A. y siguientes que se ocupan de las causas de invalidez de los actos administrativos, rango como hemos dicho que ostenta el contrato del Estado. El ámbito aplicativo de estas normas debe reputarse en general para todos los contratos del Estado, en virtud de su característica común de constituir una modalidad de los procedimientos de actuación públicos. Los contratos administrativos tienen sin embargo, un cuadro de disposiciones específicas, art. 40, 49 R.C.E. que son en realidad simples matizaciones y aplicaciones de la L.P.A.

Tratando de resumir el esquema básico de las causas de invalidez administrativa se puede sentar:

a. Nulidad de pleno derecho del acto de aprobación.-

Comprende los siguientes supuestos:

- Estar incurso el acto en cualquiera de los supuestos establecidos en el art. 47 L.P.A. y si se trata de contratos administrativos los enunciados en el art. 41 R.C.E. que incorpora dos figuras más: estar incurso en prohibición del administrado-contratante y la ausencia de consignación presupuestaria.

- Estar incurso algún acto del procedimiento de generación que sea interdependiente con el acto de aprobación en nulidad de pleno derecho (art. 50 L.P.A.)

- La manifiesta infracción del ordenamiento jurídico del acto de aprobación o del acto preparatorio interdependiente (art. 110 L.P.A.), que puede operar en la práctica, aún no siendo una causa legal de nulidad de pleno derecho,



de forma sensiblemente análoga a la misma en cuanto a su trascendencia contractual y procedimiento de revisión, - cuya nota más típica es el conocimiento unilateral por la Administración.

No es preciso indicar que la nulidad de pleno derecho del acto de aprobación o del acto preparatorio interdependiente acarrea la de la situación jurídica contractual.

b. Nulidad o anulabilidad del acto de aprobación.- Comprende todos los casos de conculcación del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder en el acto de aprobación o en los actos interdependientes del procedimiento - de generación.

Conviene precisar a este respecto:

- Que los defectos formales solo anulan el acto cuando sean esenciales para la preparación, participación de los interesados y celebración del contrato, aplicación extensiva de la doctrina del artículo 48 L.P.A.

- Que la nulidad de una parte del acto de aprobación o, en su caso, del acto preparatorio interdependiente, no determina la anulación de aquellas partes de la situación jurídica contractual no relacionadas o dependientes directamente de aquel defecto.

- Que en el procedimiento contractual por su especial naturaleza conviene adoptar un criterio amplio en relación con los supuestos de conversión, conservación de trámites y convalidación de actuaciones previsto en los artículos 52 y ss. L.P.A.

- Que los contratos administrativos se regularán preferentemente en este campo por sus preceptos específicos - (art. 40-49 R.C.E.)

La nulidad de los contratos del Estado a instancia de la Administración se promoverá, si se trata de un contrato administrativo, por la Administración previa declaración de

lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Si se trata de un contrato sujeto en cuanto a sus efectos al derecho civil, el acto de aprobación se considera acto administrativo separable y el procedimiento de impugnación consideramos que se sujeta a las mismas directrices (art. 14 R.C.E.)

B. Causas basadas en el derecho civil.- El derecho civil ha suministrado al sistema contractual del Estado todos los conceptos fundamentales: la definición de la persona natural y jurídica, el reconocimiento de la capacidad de obrar, el enunciado del contrato y de sus requisitos fundamentales etc. Con todo este material el derecho administrativo ha remodelado la institución adaptándola al modo de ser y de actuar de la Administración pública española.

Pues bien, el derecho civil distingue en materia de ineficacia o invalidez de los contratos dos categorías fundamentales:

a. Nulidad absoluta.- Engloba dos casos: cuando al contrato le falta alguno de los elementos esenciales de su existencia (consentimiento, objeto y causa) o bien cuando el mismo infringe alguna prohibición legal.

Pues bien, por lo que se refiere a la ausencia absoluta de consentimiento administrativo o privado, en las hipótesis que caben imaginar a este respecto, al igual que la inexistencia de objeto y causa en el negocio y la prohibición legal que pueda aquejar al acto de aprobación entendemos que ante la imposibilidad de poder reputarlos supuestos de nulidad de pleno derecho, por no encajar estos casos en la letra del art. 47 L.P.A., el tratamiento de los mismos deberá instrumentarse en la práctica por la vía de la nulidad relativa o anulabilidad, cuyo estudio hicimos más arriba. (57)

b. Nulidad relativa.-- Los motivos que dan lugar a esta causa de nulidad son los vicios de consentimiento y el defecto de capacidad de obrar.

Es oportuno recordar aquí lo dicho en otro lugar: si el vicio de consentimiento afecta a la persona física que desempeña accidentalmente el órgano de contratación - no podrá ser alegada la misma por un tercero interesado - si el acto de aprobación está ajustado a derecho; las condiciones psicológicas en que actúa el servidor del órgano - son irrelevantes si el acto administrativo que emite no infringe el ordenamiento jurídico. Y si lo infringe el acto - sería anulable en los términos más arriba explicados. Exceptúase el caso, a nuestro modo particular de ver, que la emisión del acto, obtenido por dolo, violencia o intimidación cerca de la autoridad o funcionario, sea constitutivo de delito con el alcance previsto en el artículo 47 L.P.A. A pesar de que el acto formalmente sea jurídicamente intrínsecamente es la consecuencia de un delito que no puede ni debe producir efectos beneficiosos para su autor y para un tercero. (58

En el caso de que el vicio de consentimiento afecte a la voluntad del administrado-contratante con el Estado consideramos que la alegación del mismo para impugnar el acto de aprobación (error en la sustancia del administrado, violencia o intimidación grave causada al mismo por un tercero o dolo o engaño también grave promovido por la propia Administración, según interpretación de los artículos 1.265 y ss. C.c.) debe supeditarse, en primer lugar, a lo que establezcan a este respecto las normas administrativas aplicables al contrato de que se trate y a los pliegos y esquemas que sirvan de fundamento a la operación. Habida cuenta de que las acciones derivadas de los vicios de consentimiento son renunciables, la existencia en las condiciones generales del contrato de una cláusula que elimine estas posibles alegaciones (como sucede en cuanto a los supuestos de error material o de cuentas en la normativa del contrato de obras) impide el éxito de una impugnación formulada por un candi-

dato, basándose en que su consentimiento o el de algún contrincante cuando formuló la proposición se hallaba disminuido o anulado por el vicio.

También los contratos administrativos tienen una normativa específica que no se desvía de lo expuesto.(59)

Por lo que se refiere al defecto de capacidad del administrado-contratante consideramos que, en general, el expresado defecto tendría también en el contrato del Estado - la consideración de hecho determinante de anulabilidad del negocio. Por el contrario, si se trata de contrato administrativo este defecto actúa, según se ha visto, con el rango máximo, de nulidad de pleno derecho.

#### 4, Resolución del contrato.-

Los contratos del Estado validamente celebrados pueden perder sus efectos por alguna de las causas que dan lugar a su resolución.

Interesa hacer como de costumbre una diferenciación - entre los contratos privados del Estado y los contratos administrativos para fijar sus particularidades de la materia:

a. En los contratos patrimoniales, y en general en todos los de tipo privado del Estado, las causas de resolución y la instrumentación de la misma tiene lugar, en principio, en los mismos casos y supuestos previstos en las leyes civiles: Condición resolutoria expresa establecida por las partes, condición resolutoria tácita por incumplimiento de una de ellas y rescisión por lesión, que son las tres hipótesis básicas en este punto. La declaración de resolución es siempre competencia de los jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria. El contrato laboral del Estado se asimila, con las salvedades propias de su legislación privativa, a los contratos civiles.

No obstante, conviene recordar que mediante el fuero

administrativo del conocimiento previo a la intervención judicial, de las reclamaciones civiles y laborales formuladas por los administrados-contratantes, se llega a una posición de prerrogativa que merece la pena ponderar. Así por ejemplo el caso del particular que imputa a la Administración un hecho de incumplimiento que daría lugar a la resolución del contrato; pues bien, el expresado particular se verá forzado a interponer la reclamación previa en vía administrativa antes de acudir a la jurisdicción. En el acto que pone fin a la redlamación la Administración se pronuncia de modo especial en relación con la existencia o no en el contrato de la causa de resolución alegada por el administrado interesado. La decisión administrativa causa jurídicamente estado y fuerza al particular a adoptar las medidas y acciones que aconseje la defensa de su derecho.

B. Por lo que respecta a los contratos administrativos la cuestión tiene un enfoque muy diferente. Dentro de las prerrogativas de la Administración se halla la de acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en L.C.E.; los expresados acuerdos tienen carácter ejecutivo (art. 18 L.C.E.). El acuerdo de resolución constituye una faceta de la potestad contractual en este tipo de negocios. Los motivos que dan lugar a la misma aparecen precisados en la normativa específica de cada contrato, según se trate de obras, gestión de servicios o suministros.

El acuerdo de resolución es una decisión unilateral del órgano de contratación, dictado previa la tramitación del oportuno expediente, con inmediato efecto ejecutivo pero revisable ulteriormente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Nos hallamos ante otra manifestación más del fuero administrativo de conocimiento previo que ostenta la Administración y cuyo efecto más trascendental consiste aquí en el establecimiento interpartes de una situación jurídica

que se presume legítima, razón por la cual debe ser siempre impugnada por el contratante privado que se considere lesionado por la misma.

En los demás contratos públicos puede afirmarse que se sigue la misma filosofía que inspira la resolución de los contratos administrativos.

##### 5. Mutuo acuerdo o contracontrato.

Tiene lugar esta causa de resolución cuando después de celebrado un contrato la Administración y el administrado se ponen de acuerdo para dar fin a la situación jurídica que había sido entre ambos establecida. (60)

Merece la pena hablar de esta causa de resolución - que como tal no se considera en el campo privado, por los perfiles originales que tiene en la institución que nos ocupa. La razón del olvido de esta hipótesis de resolución por los civilistas es la calificación de nuevo contrato - que merece la destrucción del vínculo con mutuo disenso.- El contrato posterior anula el anterior celebrado entre - las mismas personas; por eso lo denominamos contracontrato.

Precisamente <sup>de</sup> esta calificación jurídica dimana el - distinto tratamiento que se observa en nuestra institución: la legislación del Patrimonio, por ejemplo, para nada alude a la posibilidad de que los contratos de este tipo puedan ser revocados por contracontratos celebrados entre las mismas partes. Cabe entender de esta laguna que esta figura debe sujetarse a los mismos requisitos y formas previstos para la celebración de la operación inicial pero en - sentido inverso. (61)

La tesis de la legislación de contratos administrativos es justamente la contraria. Los artículos 52 y 75 - L.C.E., y el artículo 273 R.C.E. admiten como forma de extinción de los contratos de obra, gestión de servicios y - suministros, respectivamente, el mutuo acuerdo entre la Ad

ministración y el administrado contratante. Esta posibilidad fué admitida por la moderna legislación para ser consecuentes con la configuración otorgada al contrato administrativo basada en la potenciación de la figura de la Administración. En muchas ocasiones el mutuo acuerdo, por razones de interés público, ya que no por comodidad administrativa o cualquier otro argumento de índole accesorio, constituye la salida más idónea para determinadas relaciones contractuales que han perdido para ambas partes sus iniciales motivaciones. Es obvio que en el contracontrato administrativo no basta que el interés público haya dejado de iluminar a la relación sino que es requisito concurrente que el interés privado no se muestre partidario para la continuación de la misma. (62)

Por lo que se refiere a los contratos públicos la renuncia y el desistimiento de sus derechos hecha valer por el administrado-contratante, y aceptada por la Administración suele ser el cauce dentro del cual se instrumentan la extinción de situaciones jurídicas voluntarias, sin que nos sea posible extendernos en mayores precisiones.

## V. CONTROL JURIDICO Y JURISDICCIONAL DE LA CONTRATACION DEL ESTADO.

### 1. Formas de control.

La contratación del Estado es procedimiento y acto jurídico pero tambien cauce por donde fluye, con doble sentido financiero público; es un aspecto fundamental de la actividad económico administrativa del supremo ente público. (63)

No puede extrañar entonces el hecho de que ademas de estar sometida la misma al control jurisdiccional del poder judicial quepa hablar de un control jurídico interno - más enfatizado que en el resto de las actuaciones administrativas. Es posible distinguir entre un control jurídico

administrativo y un control jurisdiccional.

El control jurídico-administrativo se desenvuelve sobre la base de los siguientes puntos:

A. La acusada presencia de los entes asesores jurídicos de la Administración en las etapas de generación, adjudicación y ejecución del contrato. Basta recordar a este respecto los artículos 15 a 18 L.C.E. así como las concordantes normas funcionales de las Abogacías del Estado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y el Consejo de Estado. Un repaso a la normativa competencial de estos órganos permitirá deducir hasta qué punto ha preocupado al legislador la sujeción a Derecho de los convenios y contratos públicos.

B. La fiscalización del gasto público originado por la contratación, ejercida por la Intervención general de la Administración del Estado y sus Interventores-Delegados, de acuerdo con la Ley de Presupuestos y las normas que sean de aplicación.(art. 5 L.C.E.). También en este caso las facultades de control atribuidas a la Intervención general -- reviste formas y requisitos mucho más severos que en otras facetas del quehacer administrativo. El control que verifica la Intervención es también un control jurídico si bien especialmente preocupado por el cumplimiento de las formalidades de los expedientes y la sumisión de los actos económico-administrativos a la legislación financiera del Estado.(64)

C. Por último nos encontramos las funciones del Tribunal de Cuentas del Reino en orden al conocimiento, censura y reparo de los expedientes de contratación, con particular referencia a aquellos que se refieran a contratos de cuantía superior a cinco millones de pesetas. La lectura del artículo 6 L.C.E. y 18 R.C.E., que aluden a todos los contratos del Estado sin excepción, es una muestra más de la extraordinaria preocupación del legislador para que el cumplimiento de las normas en el mundo contractual sea mo-



délico y estricto.

Al lado de estos puntos que se destacan debemos citar la constante preocupación del Gobierno para el fiel cumplimiento de la legislación de contratos del Estado puesto de relieve en acuerdos dictados al respecto, las recomendaciones periódicas que formula la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la acusada responsabilidad que se imputa a los órganos de contratación en el marco de la legislación así como a aquellas Autoridades o funcionarios que contraten verbalmente, o elaboren proyectos incompletos, o realicen reformados sin justificación....

¿Por qué este acusado control jurídico de la contratación? Muy sencillo, además de asegurar el correcto empleo de los caudales públicos, la mayor eficacia del ingreso y gasto público, se trata también de amparar a los administrados contratantes de las posibles arbitrariedades administrativas. Sabemos que el contrato de Estado es un contrato normado, de adhesión, con presencia potenciada de la Administración y actitud sumisa del administrado. Para contrarrestar este aparente desequilibrio está ciertamente toda la máquina jurídica y pensante del sistema pero si el legislador fuese tolerante se vendría abajo el equilibrio que imaginó y todo aquél degeneraría en pura arbitrariedad e ineficacia.

## 2. El control jurisdiccional.

Una nota típica de la revisión jurisdiccional de los contratos del Estado es la división bipartita de competencias judiciales que inciden en el conocimiento de las cuestiones suscitadas entre la Administración y el administrador-contratante: jurisdicción civil y jurisdicción contencioso-administrativa, según se trate, respectivamente, de contratos de derecho privado o de contratos administrativos y de los demás públicos. La naturaleza del derecho re

gulator de la situación jurídica contractual es el dato que manda a estos efectos. A esta división habría tal vez que añadir una tercera categoría, la jurisdicción - laboral d onde se discuten las discrepancias que surgen en los contratos laborales del Estado.

Cuanto se dice aparece claro en los artículos 14 - R.C.E. que señala que "la jurisdicción civil será la competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos cuyos efectos esten sometidos al derecho privado" y el artículo 19 L.C.E. que preceptúa que "Las cuestiones litigiosas surgidas sobre la interpretación, modificación, resolución y efectos de los contratos administrativos serán resueltas por el órgano de contratación competente, cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa, y contra los mismos habrá lugar a recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto por la Ley reguladora de dicha Jurisdicción".

La división jurisdiccional es sin duda una nota característica de nuestra institución y sus raíces históricas - son muy lejanas. Está basada en la consideración del contrato administrativo (es decir, según nuestra legislación tradicional el que tiene por objeto obras y servicios públicos de toda especie) como una figura extraña al derecho civil y mercantil y que, por ende, debía ser apartado su conocimiento de los tribunales ordinarios. Se estima - que la jurisdicción contencioso-administrativa, por su formación y especialidad en derecho administrativo, está mejor preparada para dilucidar las cuestiones que se susciten en orden a la interpretación y cumplimiento de los - contratos de esta naturaleza.

El papel de la Administración en estos litigios es - ordinariamente el de parte demandada, pero tambien puede ser demandante del particular, tanto en la jurisdicción civil como en la contencioso-administrativa.

Muchas son las razones que abundan en favor de que -

el control judicial de esta institución se lleva a cabo íntegramente por la jurisdicción contencioso-administrativa. Las razones diferenciales de ambas categorías contractuales, aplicación o nó en primer grado del derecho - privado a la situación jurídica, es de escaso peso comparada con la serie de presupuestos que unifican a la institución. (65)

Hagamos un breve repaso:

A. Es presupuesto procesal común el conocimiento -- previo de la Administración de la pretensión del administrado contratante antes del ejercicio de su acción ante los Tribunales.

El fuero administrativo, basado en la potestad ejecutiva que disfruta la Administración, se manifiesta a través de dos procedimientos de fin similar, la reclamación previa en el campo de las acciones civiles y el recurso de reposición o agotamiento de la vía administrativa como antecedente del recurso contencioso-administrativo.

Pues bien, el conocimiento administrativo previo conlleva, y esto ya se ha dicho más arriba, un pronunciamiento especial de la Administración sobre la pretensión privada contractual, lo que determina que la situación jurídica ejecutiva que debe ser derrotada por el particular se fije unilateralmente por aquélla antes del conocimiento judicial.

Este planteamiento procesal como se vé es común al - contrato de derecho privado, a los contratos de derecho - administrativo, a los que hemos denominado contratos públicos e incluso a los contratos laborales del Estado.

B. El acto de aprobación del contrato, bien sea éste privado o administrativo, corresponde en todo caso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir la revisión de ese acto administrativo básico que dá vida al contrato

es privativa de esta jurisdicción. Así lo establece por lo que se refiere a los contratos de derecho privado, el artículo 14 R.C.E. cuando despues de decir que la jurisdicción civil será la competente para resolver las controversias que surjan en los contratos cuyos efectos estén sometidos al derecho privado añade "no obstante, se considerarán acto jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación, competencia y adjudicación del contrato, y, en consecuencia, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa" y más adelante puntualiza "la anulación de tales actos llevará consigo la del contrato, que entrará en fase de liquidación sin necesidad de plantear proceso ante la jurisdicción civil".

El acto de aprobación que es el que dá vida a todos los contratos del Estado es siempre un acto sujeto al derecho administrativo y ahí estriba la razón de que, con independencia de la rama del Derecho que se aplique a la dinámica obligacional del contrato, sea competente la jurisdicción contencioso-administrativa. El rango esencial que tiene el expresado acto en cuanto a la existencia del contrato es, por su parte, lo que determina la fulminante desaparición de éste si se anula aquél; no es solo una interdependencia, como parece indicar la legislación de contratos, sino que según nuestra tésis el acto de aprobación es el - contrato mismo.

Si se pondera, en fin, que la mayoría de las pretensiones judiciales de los particulares lo son con ocasión de las irregularidades producidas al tiempo de la adjudicación del contrato se llegará a la conclusión de que el campo que resta para el ejercicio de acciones civiles contractuales contra el Estado es francamente mínimo y no merece la pena disgregarlas de un tronco jurisdiccional básico.

C. Por último, no debe olvidarse lo que se dijo en otro lugar sobre el papel del derecho privado en el ámbito administrativo. La aplicación de aquél a algunos actos bie

nes y derechos de la Administración no se basa hoy en una paradigmática consideración del derecho privado como el - derecho común u ordinario de todas las situaciones fácticas de la comunidad, sino en el dato esencial de que el derecho administrativo, que es el derecho privativo o de primer grado de la Administración, lo llame en ocasiones como cuadro normativo regulador de algunos actos y relaciones. Todo el aparato normativo de la Administración es hoy derecho administrativo o "administrativizado" y no tiene sentido que se siga pensando que los contratos sujetos al derecho privado no necesitan de esa comprensión global y especialización - por parte de los jueces de aquella rama del ordenamiento.

La unidad jurisdiccional es hoy una necesidad de -- nuestra institución y así lo preconizamos para acabar con la incoherencia actual y fomentar una visión unitaria de - lo contractual del Estado que es una de nuestras preocupaciones. Pero también añadimos que es conveniente articular dentro - de la jurisdicción contencioso-administrativa un procedimiento especial para el conocimiento de los contratos más ágil que el esquema general. La escasa jurisprudencia contractual en los últimos lustros hace pensar que o dejan de ejercitarse muchas acciones defendibles por los particulares, desmoralizados ante la extremada lentitud de los trámites, o se - llegan con demasiada frecuencia a "arreglos" Administración-administrados que deben evitarse en un sistema como el nuestro basado en la publicidad, la objetividad y la transparencia.

## CAPITULO VI

### NOTAS

(1) CASTAN, obra citada, pags. 534 y sigs. La pregunta clave la formula el autor así " ¿Se entiende dicha perfección producida en el instante mismo de la aceptación, o hace falta que esa aceptación sea conocida del proponente?"

(2) SERRANO GWIRADO, La notificación de los actos administrativos en la Jurisprudencia, RAP. núm. 1. La notificación deberá realizarse, según indica LPA, en el plazo máximo de 10 días a partir de la resolución o acto..., lo que implícitamente demuestra la plena virtualidad del acto administrativo desde la fecha que se dicta.

(3) Conviene recordar aquí la vertiente activa de -- las obligaciones o derecho de crédito, que enfatizan en su concodida definición ROCA y PUIG BRUTAU, y que significa -- un enfoque invertido de la estructura del vínculo obligatorio.

(4) LFC, Capítulo VI, regula los derechos de los funcionarios y curiosamente alude a unas pagas obligaciones -- del Estado redactadas de forma problemática y no jurídica: art. 63: "El Estado dispensará a los funcionarios la protección que requiera el ejercicio de sus cargos, y les otorgará los tratamientos y consideraciones sociales debidos a su jerarquía y a la dignidad de la función pública...", art. 67: "El Estado facilitará a sus funcionarios adecuada asistencia social, fomentando la construcción de viviendas, residencias de verano, instalaciones deportivas, instituciones educativas, sociales, cooperativas y recreativas y cuanto contribuya al mejoramiento de su nivel de vida, condiciones de trabajo y formación profesional y social..."

(5) MEXIA ALGAR, El Estado como deudor, Alicante 1973, es un interesante trabajo que se ocupa de fijar la fisonomía del Derecho de obligaciones del Estado y de los privilegios del Estado como deudor.

(6) Vid. art. 44 Ley General Presupuestaria dice: " Las obligaciones de pago sólo son exigibles de la Hacienda Pública cuando resulten de la ejecución de los Presupuestos generales del Estado, de sentencia judicial firme o de operaciones de Tesorería letalmente autorizadas. Si dichas obligaciones tienen por causa las prestaciones o servicios a la Administración pública, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación." Vid. ARINO, Teoría de los pagos a cuenta D.A. y bibliografía allí citada. También ANDRE FLAMME, obra citada, RAP. 21, donde dedica un capítulo al Derecho comparado en --

materias de anticipos y pagos a cuenta.

(7) Art. 47 LCE, Vid. tambien proyecto LGP, art. 66 que con carácter general reconoce un derecho análogo a todos los acreedores de la Hacienda pública si ésta se constituye en mora superior a tres meses. VILLAR, Intereses de demora, en el libro aniversario del Consejo de Estado.

(8) MEXIAS, obra citada, pag. 63. "La razón de ser de estos privilegios debe buscarse en la naturaleza misma del Estado, en especial en su función de tutelante del interés público. Más concretamente, por lo que respecta al privilegio de la inejecutabilidad, el más importante de todos, la justificación fundamental la constituye el principio de la intangibilidad de los medios económicos destinados a la satisfacción de los fines públicos. Ahora bien, resulta asimismo evidente, de una parte, que, como todos los privilegios, deben ser objeto de interpretación restrictiva y de otra, que tales privilegios dejan de serlo cuando lesionan esferas jurídicamente protegidas." Y más adelante añade: "Sin embargo, la formulación del privilegio en términos tan amplios y sin cuidar de precisar las garantías de los particulares, hace que puedan objetársele determinadas críticas. En efecto, si la ejecución de las Sentencias se deja en manos de la Administración, es imprescindible que se arbitren los medios oportunos para el control de esta facultad. La Ley de Administración y Contabilidad, tan necesitada por tantos motivos de una adecuada y pronta reforma, aparece aquí de todo punto insuficiente. Sin perjuicio de que se mantengan el privilegio, es ineludiblemente necesario se regulen las garantías para los particulares en orden al pronto y eficaz cumplimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales."

(9) En el Proyecto de LGP, pendiente en la actualidad de aprobación en Las Cortes, se igualan en 5 años los plazos de prescripción de los créditos tanto del Estado como de los particulares.

(10) VILLAR, Lecciones...; pag. 214, "Hay que hacer notar igualmente el carácter compensatorio de la indemnización, significando con ello la inaplicabilidad de las normas sobre el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de incumplimiento (arts. 1.101 y ss. del C.C.), ya que no se trata aquí de un caso de incumplimiento, sino del cumplimiento de una cláusula implícita en todo contrato: la de que la Administración no puede ser obligada al facere y puede en todo caso cumplir por equivalente, sin que su cumplimiento en esta forma constituya un acto ilícito." El dictámen del C. de E. de 18 de Abril de 1952 decía a este respecto: "Tal indemnización es pertinente en todo caso para establecer una necesaria compatibilidad entre los poderes exorbitantes de la Administración en garantía del interés público con la ecuación económica que a todo contratista afecta." ARIÑO, El equivalente..., hace una cuidadosa

exposición del tema aludido.

(11) Vid. art. 6 LAC, art. 40 LPE, y art. 54 RCE.

(12) Se trata de un control no sólo formal o legal, sino también de resultados, de buena Administración, con procedimientos jurídicos y políticos (Comisiones parlamentarias, opinión pública, etc.). De lo contrario pueden prodigarse los pactos y transacciones en perjuicio del Tesoro y del servicio público: chalaneos y acuerdos entre amigos.

(13) GARCIA OVIEDO, obra citada, pag. 187, se ocupa de la explicación de la potestad jurisdiccional de la Administración y dice a este respecto: "La potestad jurisdiccional en sentido estrictivo implica el poder de la Administración de -- decir en un caso concreto lo que es Derecho según la legislación establecida... Las autoridades administrativas gozan de este poder para resolver las reclamaciones que se les formulan por actos propios o por actos de otras inferiores y de -- que conocen por virtud de los recursos de alzada." Comenta a este respecto CLAVERO (Consideraciones generales sobre la vía gubernativa, en E.G.O., 1954, Volumen I, pag. 219 y ss., expresa que: "Que uno de los temas mas debatidos por la doctrina jurídica es el que hace referencia a la naturaleza de la llamada potestad jurisdiccional de la Administración, ejercitada a través de la vía gubernativa y, en especial, de la vía administrativa."

(14) Ley de Expropiación Forzosa, art. 47, "... se abonará al expropiado además del justop precio (que es un equivalente económico estricto)... un 5 por 100 como premio de afectación."

(15) ARIÑO, El equivalente..., pag. 230 y sigs.

(16) Claro está que si la nueva doctrina trata de crear un clima de confianza en favor de la empresa, a la cual de esta forma se enaltece, habrá que realizar un paralelo esfuerzo en relación con el Organo de contratación que hoy, debido a su notorio politización, está envuelto en una atmósfera de sospechosa arbitrariedad. Ciertamente es que este objetivo no puede lograrse hasta tanto que no se "administrativice" la Administración pública.

(17) ANDRES FLAMME, obra citada, en uno de sus comentarios sobre el sistema francés destaca como peculiar del contrato administrativo que envuelve "... una agravación de las obligaciones del empresario y una más equitativa comprensión de sus dificultades eventuales". Para este autor el contrato administrativo es un contrato "a presión" dulcificada con esa función tutelar que ejerce cerca de la empresa la Administración.

(18) GARCIA DE ENTERRIA, Riesgo y ventura y fuerza mayor en la contratación administrativa, RAP. 2, pag. 98



"El autor enfoca el riesgo de fuerza mayor; "si los riesgos de destrucción fortuita de lo ya construido fuesen a cargo del contratista hasta el momento de la operis probatio (recepción definitiva) se le afectaría de una responsabilidad potencial de una importancia extraordinaria que en muchos casos excedería con facilidad de la totalidad de su patrimonio; a la vez, las probabilidades de un siniestro aumentan a través de los largos plazos de ejecución que se prevén en la hipótesis normal de obras públicas importantes. El razonamiento no aboca ahora a proponer una liberación del contratista de tal grave carga por algún motivo de equidad, sino que trata de valorar nudamente las consecuencias prácticas, que no para el contratista, sino para la Administración, podría implicar una contratación sobre tal base. Y las consecuencias serían alternativamente: o una defección de la oferta en las licitaciones que quedarían en su mayoría desiertas (al menos en ciertas épocas -guerras y agitaciones sociales-, o en las obras sobre ciertos terrenos más afectados -- por los riesgos de terremoto o movimiento), o, más razonablemente, la necesaria repercusión sobre las cifras ofrecidas por los contratistas de la prima de seguro que cubriese tales riesgos. Ambas dos soluciones serían perjudiciales para el servicio público."

(19) LAUBADERE, Traité élémentaire de Droit Administratif, Paris 1963, tomo I, pags. 289-290: "Consideraciones diversas han conducido --dice-- a esta evolución; una de las -- más dominantes ha sido que los contratos públicos son considerados cada vez más como realizando ordinariamente una colaboración más o menos estrecha del contratista con el servicio público."

(20) La potestad de dirección se estudia tradicionalmente por la doctrina en el marco del contrato administrativo que es donde opera con toda oportunidad, ya que se trata de contratos de tracto sucesivo, aún cuando no se haya pactado por formar parte integrante de su estructura jurídica fundamental. Vid. GARRIDO, obra citada, pag. 108 y sigs.

(21) Obra citada, pag. 151.

(22) Obra citada pag. 184 y sigs.

(23) La figura..., pag. 120 y sigs.

(24) Vid. FERNANDEZ DE MELASCO, Notas sobre la imprevisión en la legislación administrativa española, Revista de Derecho privado, 1926; HAURIOU, La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales, Revista de Derecho privado, 1926, pag. 1.; y BADENES, El riesgo imprevisible, Barcelona 1946. Puede citarse también a ---- BELTRAN DE HEREDIA, En cumplimiento de las obligaciones, Madrid 1956: "Ninguna de las teorías formulas en favor de la re

visión contractual por sobrevenida alteración de las circunstancias resulta convincente, ya que no sólo no pueden considerarse fundadas en preceptos legislativos concretos, sino - que tropiezan todas ellas con algún obstáculo legal dentro - de nuestro ordenamiento jurídico, y, además, no hay tampoco en éste indicios que permitan la construcción de un principio general que informase en este punto el Derecho de la contratación."

(25) No hay aportaciones doctrinales españolas en este tema. En los países en que el Derecho Civil es de aplicación directa a los contratos del Estado (que son casi todos, como es sabido) la salvaguarda del interés público se lleva a cabo con esta simple normativa, instrumentando cláusulas ydoneas en el marco de los Pliegos. Vid. por ejemplo ALDO BAR--DUSCO, La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni, Milano 1974. Capítulo VI, I Poteri della pubblica amministrazioni: "L'incidenza dell'interesse pubblico nell'ambito delle determinazioni negoziali private. Identica forza e rilevanza del contratto dell'interesse dell'amministrazioni - e di quello del privato." pag. 246.

(26) Con esta solución se pretende dar entrada al concepto de "conversión obligatoria" en el marco del contrato de Derecho privado; sería una modalidad de la novación objetiva - pero de base contractual. El tema merece, por supuesto, un estudio más profundo. Vid. GARCIA DE ENTERRIA, La figura... -- donde el profesor hace un esfuerzo para acoplar las prerrogativas administrativas, que él discute como tales, en el ordenamiento jurídico.

(27) Esta especie de "factum principis" operando en la esfera civil merecería un comentario más profundo. Partimos de la filosofía básica de que en ningún caso o circunstancia se puede admitir que el interés público quede doblegado por un interés privado; la legitimidad del "factum" pensamos que queda fundada. Es el aspecto procedimental el que consideramos es merecedor de una mayor reflexión.

(28) ARIÑD, El equivalente... Pag. 226, opina que resulta inadecuada la equiparación que a veces se ha hecho (ENTERRIA, PARADA) entre este poder de modificación y el art. 1549 del C.C. "En efecto, el supuesto del art. 1549 del Código civil y el que aquí estamos contemplando no son idénticos. El primero se refiere al desistimiento unilateral por una de las partes -implícito en la mecánica misma del contrato de obras-, que trae como consecuencia la liberación del contratista de algo a lo que estaba obligado, compensándole de sus gastos, trabajo, y posible utilidad, mientras que en los casos propios de las potestades variandi se obliga al contratista a una actividad positiva y nueva no acordada en el contrato, negándole, además, el derecho a indemnización alguna por el *lucrum cesans*, en el caso de que opte, cuando la Ley lo permite, por rescindir la contrata; igualmente se le niega, en los casos de supresión de obras, la posibilidad de pedir indemnización alguna a pretexto de pretendidos beneficios --

que hubiese dejado de obtener, según se desprende de los -- artículos 50 de la Ley de Contratos del Estado, 150 del RCE y 46 del pliego de condiciones de 1903, que hay que enten-- der vigente en este punto."

(29) El número 2 del artículo 11 RCE, dice lo siguien-- te: "Las facultades de la Administración, una vez celebrado el contrato, en orden a su interpretación, modificación y -- resolución" debe aclararse que las subsodichas facultades, -- según indica el primer párrafo del mismo precepto, "deberá el órgano de contratación incluir en el mismo (es decir, en el Pliego del contrato o esquema contractual óptimo) las -- cláusulas pertinentes declaratorias de las prerrogativas ad-- ministrativas." En otras palabras que en los contratos admi-- nistrativos especiales, donde no existe una normativa que -- los respalde, es imprescindible "contractualizar" las pre-- rrrogativas de la Administración; que no es posible conside-- rarlas sobreentendidas porque ello significaría un elemento de inseguridad en la relación contractual, un factor inde-- terminado con profundas implicaciones en la etapa de cele-- bración y, por supuesto, en los resultados esperados para -- el administrado contratante. Por el contrario, algunos auto-- res como el profesor ARIÑO, entiende que no es preciso que la potestad se instrumentalice expresamente en el propio -- contrato. Vid. Nota siguiente.

(30) ARIÑO, El equivalente..., pag. 225. El autor es-- tima que la Administración no puede renunciar a sus potesta-- des ni cercenar su libertad en la gestión del interés gene-- ral: "Su responsabilidad privativa del interés general no -- puede verse condicionada por los contratos que vaya cele-- brando. De ahí su potestad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, que aseguren una mejor reali-- zación de aquél o una mejor adaptación a sus fines. Potestad cuya renuncia, aun declarada en el contrato, sería nula y -- sin valor. La inmutabilidad del contrato ( principio del -- "contractus lex") se ve así matizada, coloreada administra-- tivamente, por la inmutabilidad del fin. Estas alteraciones del contrato administrativo se operan, además, de un modo -- inmediato y directo, por el principio de decisión unilate-- ral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial."

(31) Para clarificar el sentido del párrafo conviene añadir dos diferencias entre contratos administrativos y -- contratos públicos: a) En los segundos no cabe modificación alguna, por mutuo consentimiento, del contenido típico del negocio. b) Del mismo modo, en los segundos, no cabe modifi-- cación posterior alguna más que por disposición de carácter general y c) Finalmente el contrato público carece de espe-- cificidad y es realmente un módulo jurídico subjetivo en un marco proyectado a los administrados masivamente.

(32) MONEDERO, Via gubernativa y acto de conciliación, obra citada, en este trabajo pusimos de relieve las diferencias sustanciales entre los dos conceptos, razonando que el primero es una manifestación de la potestad jurisdiccional -- o derecho de la Administración a conocer de las cuestiones -- jurídicas suscitadas en sus relaciones con los ciudadanos, -- con primacía a la intervención del Poder judicial. Nos ratificamos en la doctrina expuesta en el párrafo conforme a la cual la interpretación ejecutiva del contrato se manifiesta en el contrato de Derecho privado por la vía de la reclamación previa; somos conscientes de que esta afirmación difumina la distinción entre contrato administrativo y contrato -- privado del Estado que es uno de los objetivos de nuestro estudio.

(33) RIVERO YSERN, E, La interpretación del contrato administrativo, Sevilla 1971; FERNANDEZ DE VELASCO, obra citada, pag. 192; RAQUEJO ALONSO, obra citada, pag. 277 .

(34) RAQUEJO, obra citada, pag. 275: "En la esfera privada el contrato es, en síntesis, un convenio celebrado comúnmente entre amigos para regular sus relaciones mutuas cuando dejen de serlo. Mientras la amistad perdura, el contrato es una norma secundaria supeditada al buen entendimiento y comprensión de las partes y al nexo afectivo que les une. Pero cuando la amistad desaparece el contrato cobra todas sus fuerzas y a él se acogen principalmente las partes para señalar el ámbito de sus derechos y obligaciones. Y entonces surgen las dudas, las ambigüedades y las discrepancias sobre lo que cada parte quiso expresar en una frase o en determinada palabra. En la esfera administrativa, el contrato no lo redactan de común acuerdo las partes, sino únicamente la Administración que impone en él sus condiciones, quedando reducida la actuación del particular contratista a adherirse a las -- mismas ofreciendo un precio igual o inferior al que la Administración tiene señalado para lo que intenta adquirir, pero nunca superior. No obstante, también en la contratación administrativa surgen dudas sobre lo que quiso expresar la Administración en sus condiciones, o de como interpretó el contratista las mismas según la manera en que están redactadas. El esclarecimiento de estas dudas y confusiones es el principal objeto de la interpretación, mediante la cual se intenta dar a cada frase o palabra su verdadero sentido. Pero como en la contratación administrativa el contrato lo redacta exclusivamente la Administración, nadie mejor que ella -- para decidir sobre el significado de cada cláusula contenida en el mismo e interpretar los términos oscuros o ambiguos que tuviere." La espontaneidad de las palabras del coronel -- RAQUEJO, inspiradas en la temática de la contratación militar, me ha estimulado a transcribirlas. Sin embargo la tesis que mantiene, voluntad interpretativa dominante de la Administración, no parece ser el camino más objetivo en el teorema. El dictámen C.E. de 13 de Diciembre de 1952 decía: --

"La llamada doctrina de la voluntad no tiene, ni mucho menos, en la interpretación del contrato de derecho público, el valor que se le atribuye en el derecho privado."

(35) Vid. LAVILLA ALSINA, El interés público en la interpretación de los contratos administrativos, D.A. núm.10.

(36) Dentro de la amplísima literatura que ha dado lugar esta famosísima cláusula, aparte de los Tratados de Derecho civil que la incorporan como un tema básico de la teoría general del contrato, debemos citar GOMEZ FERRER, Algunas consideraciones en torno a "rebus sic stantibus" en derecho interno e internacional, en Revista de Derecho notarial, Enero-Marzo 1970; Cid. LOPEZ, Observaciones sobre aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" ante las medidas devaluatorias de nuestro sistema monetario, en Revista de Derecho privado, -Abril de 1968; BADENES GASSET, El riesgo imprevisible, Barcelona 1946; más antiguos son los trabajos de CANDIL, La cláusula "rebus sin stantibus", Madrid 1946; HERNANDEZ GIL, Derecho de obligaciones, Madrid 1960, ...

(37) ARIÑO, Equivalente..., pag. 273 y sigs. Hacemos una remisión en bloque a este trabajo por la gran extensión que -ha dedicado al tema del equilibrio de intereses, la ecuación económica, la ecuación financiera o el equivalente económico, (pues de estas variadas formas se denomina la problemática) - en la esfera de los contratos administrativos.

(38) Vid. ARIÑO, obra citada, pag. 279 y sigs.

(39) LAUBADERE. Contrats administratifs, pag. 90 y sigs. "Conditions de l'etat d'imprevision. La theorie de l'imprevision ne peut être invoquée que si se trouve réalisé l'etat d'imprevision; pour qu'il en soit ainsi un certain nombre de -- conditions doivent être réunies. Un premier groupe de conditions concerne l'événement, à son caractère imprévisible à son extériorité par rapport au contractant, enfin au moment où a -- son-extériorité-par il doit s'être produit, Un second groupe de conditions concerne les effets du contractant; elles se régulent dans une expression: il faut que l'événement survenu ait provoqué une situation "extracontractuelle", ce qui implique d'abord un déficit mais, plus encore un "bouversement du contract."

(40) HERNANDEZ GIL, Derecho de obligaciones, pag. 272. "Impedir el enriquecimiento inuito constituye una de las -- finalidades generales del derecho de obligaciones. Todas las normas, más o menos directamente, tienen a lograr una equibada distribución de derechos e intereses en las relaciones de interdependencia."

(41) El panorama que ofrece el derecho comparado es -- claramente positiva en orden a la aplicación de la "cláusula rebus sin stantibus" en la contratación del Estado; en Francia rige un sistema de cláusulas de revisión en base a fórmulas polinómicas muy semejante al español; en Portugal se ha

seguido una línea semejante; en Italia la avanzada doctrina civil en la materia se ha hecho extensiva a los contratos administrativos y en Suiza y en Alemania se ha impulsado una interpretación extensiva en ponderación al interés público causa del contrato."

(42) GARCIA DE ENTERRIA, Riesgo y ventura..., obra citada, RAP. núm .2 pag. 98.

(43) El profesor KIRSCHEN en su alocución de bienvenida a los participantes en el coloquio decía: "L'essentiel - de notre activité, pendant trois jours, sera consacré à la recherche de système =je parle au pluriel, parce qu'il en existe certainement plusieurs- permettant de se rapprocher de l'optimum".

(44) Desde nuestro punto de vista la "actio restitutio" debería configurarse como un remedio legal para restablecer el justo equilibrii en los contratos, deteriorado por los fenómenos monetarios. La naturaleza de la acción se asemeja - por su nacimiento y efectos a la acción civil de enriquecimiento injusto. A este respecto HERNANDEZ GIL, Derecho de obligaciones, Pag. 262., hace estas acertadas observaciones: "El enriquecimiento injusto funciona en una esfera objetiva análoga a la de la responsabilidad por riesgo. El nacimiento de la obligación no descansa en la comisión de un acto ilícito por el enriquecido; no se requiere la culpa del enriquecido. Se trata sencillamente, de que el desplazamiento patrimonial en que se traduce carece de una fundamentación que lo legitime."

(45) El precepto clave es el art. 32 en relación con el art. 39 de la vigente LAC: consagran el principio de limitación de responsabilidad del Estado y de aceptación de créditos cuyo estricto cumplimiento podría ser desvirtuado por las cláusulas de revisión generalizadas que conllevan un factor de <sup>im</sup>previsión y ambigüedad en los compromisos contractuales del Estado.

(46) Para un examen de la evolución histórica de las cláusulas de revisión citamos a LOPEZ RODO, L y GUAITA;A; -- Los contratos de obras públicas en España, en "Actas del X Congreso Internacional de Ciencias Administrativas". Madrid 1956, pags. 298 y ss.

(47) HERNANDEZ GIL, Derecho de obligaciones. En este tratado se expone un completo cuadro de los remedios que han sido arbitrados en el Derecho privado contractual para paliar las consecuencias de los desequilibrios monetarios.

(48) El artículo 84 de la LCE, establece: "El contrato de suministros se regulará por las normas contenidas en el presente Título y, en su defecto, por las referentes al contrato de obras. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a los contratos de fabricación a que se refiere el apartado 3 del artículo precedente. se aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de bases." En la alusión que contiene a las "normas espe-

ciales" del contrato de obras se encuentra la sutil fórmula para atraer hacia el contrato de suministro las cláusulas de revisión de precios, habida cuenta de que el art. 12 de la LCE, remite a la "legislación especial" todo el tema de las revisiones de precios. Esto es, declarado como regla general en el art. 12 el requisito del precio cierto, las excepciones a este principio quedan automáticamente relegadas a la legislación especial o excepcional."

(49) Sobre este punto el trabajo de ANGULO GONZALEZ, REVL, núm. 175, año 1972.

(50) Puede citarse la sentencia de 13 de Octubre de 1954. De ella entresacamos el siguiente párrafo: "... que tal elevación no pudo racionalmente preverse y que determinaba necesariamente un aumento que alteraba sensiblemente el contenido del contrato haciendo mucho más oneroso la obligación, la cual constituía, sin duda, un caso de fuerza mayor, con alcance suficiente para que se accediese a la rescisión solicitada." Como se vé el Tribunal Supremo acude al instituto a la fuerza mayor para hallar un soporte jurídico de la resolución del contrato solicitada por el contratista en base a alzas imprevistas y desmesuradas de los precios."

(51) Esta idea es una de las más esenciales de nuestro estudio. Se afirma implícitamente que el contrato simboliza la seguridad jurídica máxima en las relaciones Administración-administrados; por ende, debe mirarse con cierta hostilidad las ambiguas situaciones que cobijan los contratos de Derecho público en muchas ocasiones.

(52) PUIG BRUTAU, obra citada, pag. 309 y sigs. dedicadas a "las diversas manifestaciones de la ineficacia contractual". Este civilista como practicamente todos no dedican un capítulo global a la extinción del contrato.

(53) VILLAR, obra citada, pag. 241. Dice: "cumplidas las prestaciones, se extingue la causa del contrato y éste desaparece de la vida jurídica: se ha conseguido el fin, se ha satisfecho la necesidad que habia determinado su nacimiento"

(54) Vid. En la LPE, los artículos dedicados a la conclusión de los contratos patrimoniales (por ejemplo: art. 68, 69, 73, 57 ...) que ninguna peculiaridad alumbran en este momento final de la relación contractual.

(55) Vid. FABREGAS DEL PILAR, obra citada, pag. 205 y sigs. que explican el singular control que lleva a cabo la Intervención del Estado en el momento de la conclusión del contrato e incorporación de la inversión al patrimonio público. Respecto al contrato de obras Vid. art. 170 y sigs.

(56) VILLAR, Lecciones..., pag. 246, contiene una exposición completa de las causas de invalidez del contrato -

administrativo y que en casi todas de sus facetas es aplicable al contrato del Estado en general.

(57) Tal vez sea discutible la tesis que se mantiene (las nulidades absolutas según del Derecho civil actuando como unidades relativas en el contrato administrativo), pero ante las dudas que suscita el tema hemos preferido mantener en principio, una solución limitativa de las potestades de la Administración, Vid. GARRIDO, obra citada pag. 480.

(58) Esta opinión es la más generalizada entre los administrativistas (GARRIDO, ROYO VILLANOVA...).

(59) Vid. artículos 40 y sigs. RCI.

(60) PUIG BRUTAU, obra citada, pag. 354. Se ocupa de la figura de la resolución por mutuo acuerdo o resolución convencional que nosotros denominados también "contracontrato". Configura esta situación o negocio jurídico como un -- nuevo contrato aunque con ciertas reticencias "No ofrece -- ninguna dificultad reconocer que las mismas partes que pueden haberse obligado en virtud de un contrato perfecto, pueden asimismo desligarse de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo posterior, esto es, de otro contrato de signo inverso que deje extinguidas las obligaciones contraídas." La diferencia esencial entre los dos conceptos es tria en que el contrato tiene fuerza constitutiva y el contracontrato alcance extintivo por lo que se refiere a los efectos jurídicos de la acuerdo de voluntades.

(61) La expresión "sentido inverso" quiere decir que si el Estado vendedor quiere después recomprar, esta operación debería tramitarse reglamentariamente como una nueva adquisición.

(62) El art. 166 RCE, se ocupa de la resolución de mutuo acuerdo y dice: "Cuando la resolución obedezca al mutuo acuerdo de las partes, se estará principalmente a lo validamente estipulado al efecto entre la Administración y el contratista (art. 53 LCE). La Administración solo deberá prestar su consentimiento a la resolución del contrato por mutuo acuerdo cuando, sin existir causas para la misma por culpa del contratista, razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional, hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. El acuerdo de resolución deberá ser informado, antes de su aprobación definitiva, por la Asesoría Jurídica y la Intervención del Estado." La vinculación del contrato con el presupuesto se ha puesto de relieve en innumerables ocasiones: es parte integrante del que hacer financiero del Estado aún cuando los hacendistas modernos dediquen escasa atención al fenómeno contractual público (tal vez sea secuela de esto el que la Ley de Contratos del Estado se halla desgajado de la vieja Ley de Administración y Contabilidad adquiriendo carta de autonomía). Vid. la definición de SAINZ DE BUJANDA, obra citada pag. 33, referen



te, a la actividad financiera del Estado.

(64) GONZALEZ BERENGUER, pag. 333 de su obra citada. De dica el capítulo 10 a la fiscalización del contrato y explica con notable conocimiento del tema la insuficiencia del sistema contencioso y la necesidad de una actuación de control. Vid. también MENDIZABAL ALLENDE, La fiscalización contable de los entes públicos, REVL. núm. 113; RODRIGUEZ MORO, Fiscalización administrativa, SEIX, Tomo VI.

(65) La opinión de la doctrina es unánime en favor de la unificación jurisdiccional. Vid. GARCIA TREVIJANO, Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa, RAP. núm. 34; PARADA VAZQUEZ, Las luchas de las jurisdicciones por la competencia sobre el contrato administrativo; también el autor en primer lugar citado alude el tema en otros trabajos (¿existen contratos administrativos de depósito?), RAP. núm. 16. Vuelve a insistir sobre la conveniencia de llevar a lo Contencioso-administrativo todo el tema contractual lo que obviaría uno de los mayores puntos vulnerables de nuestro sistema: La bipartición jurisdiccional con las variadas secuelas que conlleva de orden sustantivo.

I N D I C E   G E N E R A L

## I N D I C E   G E N E R A L

### INTRODUCCION

**CAPITULO I.-** Noción general de la institución de los contratos del Estado.- I. Lo contractual del Estado.-1.Ideas generales. 2. Contrato y Estado. 3.De la heterogeneidad a la unidad de la institución. 4.El interés público contractual. II.Panorámica internacional de la institución.-1.Ideas generales. 2.Sistemas de contratación del Estado. A. Sistema inglés, o de libertad de actuación. B. Sistema alemán o de procedimiento flexible. C.Sistema francés o de procedimiento rígido. 3.La relatividad de los sistemas nacionales. III.Soluciones jurídicas básicas sobre el contrato del Estado.-1.Ideas generales. 2.Doctrina unitaria del contrato civil. 3.Doctrina pluralista del contrato administrativo. 4.Doctrina radical del contrato público. a) Como contrato de derecho público.- b) Como acto administrativo condicionado. IV.Concepción unitaria de la institución.-1.Ideas generales. 2.El contrato administrativo como esquema base. 3.Principios de la institución en el Derecho Español. A.Plenitud de la institución. B.Sustancia contractual de las figuras reguladas. C.La ley como razón de su fuerza obligatoria. D.El procedimiento cauce generador. E.La accidentalidad de los regímenes jurídicos. F.La función instrumental del contrato. G.La institución como su praconcepto.

**CAPITULO II.-** Los elementos de la institución.- I. El contrato y las situaciones jurídicas de tipo contractual.-1.Concepción actual del contrato. A.Carácter abstracto del acuerdo de voluntad. B.La protección de los intereses. C.La función social del contrato. D.La forma como defensora del interés general. E.La contratación en masa. 2.Las situaciones jurídicas contractuales. A.La Ley. B.La voluntad unilateral. C.La voluntad de un tercero. II. El Estado-parte en los contratos.-1.Naturaleza de la personalidad jurídica del Estado. A.Carácter representativo de su personalidad. B.La humanización del Estado. 2.La Administración pública, poder ejecutivo contractual. A.La Administración pública como órgano del Estado sujeto a Derecho. B.El derecho de los administrados públicos y el derecho común. C.Las potestades de -

los administradores públicos; sus efectos jurídicos  
D.La potestad administrativa contractual. 3.Los ór-  
ganos de contratación en el Derecho español. A.Lo -  
político y lo administrativo en la actividad contrac-  
tual. B.Organos de aprobación. C.Organos de gestión.  
III.El administrado-contratante del Estado.- 1.El ad-  
ministrado ante la Administración; posición de cola-  
boración. A.El derecho del administrado a participar  
en las tareas de la Administración. B.La colabora-  
ción interesada. 2.La capacidad de obrar del colabo-  
rador; requisitos.

..... 99

CAPITULO III.- Los fines de la institución. I.Fines  
del contrato de obras.- 1.Ideas generales. II,la sa-  
tisfacción de las necesidades de los servicios pú-  
blicos.- 1.Ideas generales. 2.La conversión de las  
necesidades individuales en públicas. 3.Las necesi-  
dades reales de los servicios públicos. 4.Instrumen-  
tos manejables por la Administración para satisfa-  
cer las necesidades de los servicios. A.El Estado-  
empresa. B.El Estado-poder. C.El Estado cliente. -  
5.La técnica del contrato para la consecución de -  
compromisos con los administrados; el Estado geren-  
cial. III.La defensa del interés económico del Es-  
tado.- 1.Ideas generales. 2.La problemática finan-  
ciera. 3.El conflicto entre la Administración finan-  
ciera y los contratos del Estado. A.Anualidad y pla-  
zo de ejecución. B.Unidad y programa de inversiones  
públicas. C.Especialidad y agilidad financiera. D.  
Sentido restrictivo y dinámica óptima contractual.  
4.Influencia conformadora del factor financiero en  
lo contractual. A.La defensa de las previsiones --  
presupuestarias. B.Evitar malversaciones en la ges-  
tión contractual. C.El logro del mejor precio. D.  
El control del gasto en la contratación. 5.Influen-  
cias deformantes del factor financiero en lo con-  
tractual. IV.La estrategia contractual del Estado.-  
1.Posibilidades operatorias del contrato del Estado.  
2.El contrato del Estado y la política económica. -  
3.El contrato del Estado y la política social. 4. El  
contrato del Estado y el desarrollo tecnológico e In-  
dustrial.

..... 162

CAPITULO IV.- Naturaleza jurídica y clases de contra-  
tos del Estado.- I.Las obligaciones económicas del Es-  
tado. 1.Fuente de las obligaciones estatales. 2.Estruc-  
tura de la obligación contractual del Estado. A.Con-  
tracción de la obligación. B.Reconocimiento de la obli-  
gación de pago. C.Ordenación del pago. II.Sobre la na-  
turaleza jurídica de los contratos del Estado.- 1.Ideas  
generales. 2.Los factores jurídicos conformadores. 3.

Análisis del acto administrativo contractual. 4. Notas que caracterizan al acto contractual. A. Unila-teralidad. B. Carácter reglado. C. Alcance constitutivo; situación jurídica contractual y situación jurídica reglada. III. Clasificación de los contratos del Estado.- 1. Ideas generales. 2. Clasificación ordinaria o común de los contratos. A. Contratos gratuitos y onerosos. B. Contratos conmutativos y aleatorios. C. Contratos causales y abstractos. D. Contratos consensuales, reales y formales. E. Contratos de tracto único y de tracto sucesivo. 3. Clasificación financiera de los contratos del Estado. A. Contratos de pasivo. B. Contratos de activo. C. Contratos neutros. 4. Clasificación jurídica de los contratos del Estado. A. Contratos privados civiles y mercantiles. a) Contratos patrimoniales. b) Contratos civiles no patrimoniales. c) Contratos mercantiles. d) Razones que fundamentan la sujeción de estos contratos al derecho privado. B. Contratos administrativos. a) Características de su régimen. b) Clases. c) Teorías entorno a los contratos administrativos. d) Fundamento del contrato administrativo; la estructura interna del contrato. C. Contratos públicos. a) Requisitos del contrato público. b) Fundamento y clases de contratos públicos. c) Otras modalidades del contrato público.

..... 215

CAPITULO V.-La generación del contrato del Estado.-  
I. El procedimiento de generación.- 1. Su función inteligente. 2. Principios inspiradores del procedimiento de generación. A. Uniformidad. B. Flexibilidad. C. Búsqueda del óptimo contractual. D. Defensa del interés público. E. Selección del contratante idóneo. F. Virtualidad jurídica. II. La conformación del esquema contractual óptimo.- 1. Respeto a las prioridades objetivas del servicio público. 2. Fijación técnico-económica del objeto del contrato. 3. Elaboración de las cláusulas del contrato: la "lex contractus". 4. Dotación financiera del contrato. 5. Aprobación del esquema. III. La convocatoria de la oferta privada.- 1. Formas de convocatoria. 2. Principio de publicidad y concurrencia. 3. Naturaleza del acto de convocatoria. - 4. Los sistemas de selección de las ofertas privadas. A. Soluciones extremas: la subasta y la contratación directa. B. Soluciones eclécticas: el concurso-subasta y el concurso. C. Forma de adjudicación y características del contrato. IV. La incorporación al procedimiento del consentimiento privado.- 1. La figura del candidato. 2. La conexión de la voluntad privada con la pública. 3. Situación jurídica del candidato. V. Nacimiento del contrato: el acto de aprobación.- 1. La perfección del contrato del Estado. 2. Requisi

tos del acto de aprobación. A.Consentimiento: su generación singular y límites. B.Objeto o contenido; el precio justo. C.La causa: el interés público fin del contrato. D.la forma; la documentación escrita del acto. 3.Efectos del acto de aprobación. A.Fuerza obligatoria del contrato del Estado. B.Compromiso - financiero del Estado. C.Irrevocabilidad del acto. .... 294

## CAPITULO VI.- La ejecución del contrato del Estado.-

I.-Deber de cumplimiento y mutua colaboración.- 1.Iniciación de los efectos del contrato. 2.Problemática - del deber administrativo de cumplimiento: prerrogativas del Estado deudor. A.Naturaleza del deber de cumplimento. B.Prerrogativas del Estado-deudor; limitaciones al derecho de crédito privado. a) Condicionamiento del pago al cumplimiento de la obligación privada y al presupuesto: la mora administrativa. b) Imposibilidad de ejecución de la obligación sobre los bienes del Estado. c) Reducción del plazo de prescripción. d) Inaplicación general de las excepciones de incumplimiento administrativo; la conversión obligatoria. e) Excepcionalidad de las transacciones y compromisos. f) El conocimiento previo. 3.la mútua colaboración. a) Confianza. b) Tutela. c) Asunción de riesgos. d) Equilibrio de intereses. II.La sujeción del cumplimiento del contrato al interés público.- 1.El principio del "pacta sum ser vanda" y sus excepciones en nuestra instrucción. 2.La tutela administrativa del cumplimiento del contrato: - poder de dirección. 3. La potestad de modificación y - extinción del contrato: el "jus variandi". A.Cláusula "rebus sic stantibus" y "jus variandi". B.Manifestaciones del "jus variandi en los distintos tipos de -- contratos del Estado. 4.La interpretación ejecutiva del contrato. III.La revisión del contrato del Estado por alteración de las circunstancias económicas.- 1.El -- planteamiento civil. 2.El planteamiento en el derecho administrativo. 3.Crítica de la doctrina del riesgo - imprevisible. 4.Las soluciones en los distintos tipos de contratos del Estado. IV.La extinción del contrato del Estado: causas.- 1.Causas de extinción. 2.Cumplimiento normal del contrato. 3.Nulidad del contrato. - A.Causas basadas en el derecho administrativo. a)Nulidad de pleno derecho del acto de aprobación. b)Nulidad o anulabilidad del acto de aprobación. B.Causas basadas en el derecho civil. a)Nulidad absoluta. b)Nulidad relativa. 4.Resolución del contrato. 5.Mutuo acuerdo o subcontrato. V.Control jurídico y jurisdiccional de la contratación del Estado.- 1.Formas de control. 2.El control jurisdiccional. .... 369